

創 価 法 学

第51巻 第1号

令和3年7月

論 説

インディアン・ゲーミング規制法 (IGRA) (7) 藤 田 尚 則 (1)

法定地上権制度を考える (その1)

— 自己借地権制度を視野に入れて — 松 田 佳 久 (23)

経営者報酬の基礎理論 (上)

— 会社法第361条の立法趣旨と判例法理の展開 — 薮 田 礼 子 (49)

研究ノート

明治期における禁婚親族規定の制定過程

— 伺などを素材として (5) — 南 方 曉 (73)

史料翻刻・解題

諸家例叢 [江幡五郎自筆 輯 共二巻] (十) 小 島 信 泰 編 著 (104)

創 価 大 学 法 学 会

創価法学 第50巻 第2号
法学部開設50周年記念号 (2)

論 説

フランス革命に関するパークの最初期の思索 (上)

— 革命勃発後の諸書簡から「軍事予算演説」に至るまで —

..... 土 井 美 徳

Populism in Japan: Fascist, neoliberal, and leftist variants (1)

..... Ulv Hanssen

生活排水による水利権の侵害 (2・完)

— 同一水流における水利権と排水利益の競合をめぐる —

..... 宮 崎 淳

研究ノート

明治期における禁婚親族規定の制定過程

— 伺などを素材として (3) — 南 方 暁

政治家の名誉毀損訴訟

— 対メディア型における司法判断の経年調査 — 山 田 隆 司

史料翻刻・解題

諸家例叢〔江幡五郎自筆 輯 共二巻〕(八) 小 島 信 泰 編著

創価法学 第50巻 第3号
法学部開設50周年記念号 (3)

論 説

インディアン・ゲーミング規制法 (IGRA) (6) 藤 田 尚 則

フランス革命に関するパークの最初期の思索 (中)

— 革命勃発直後の諸書簡から「軍事予算演説」に至るまで —

..... 土 井 美 徳

Populism in Japan: Fascist, neoliberal, and leftist variants (2)

..... Ulv Hanssen

水源林の保全に関する森林管理法制の重層的構造 宮 崎 淳

研究ノート

2020年欧州気候法案の提案・審議過程と修正意見の概要 (1)

— 温暖化ガス排出量削減目標達成義務の法的構造研究のための準備作業 —

..... 松 田 健 児

明治期における禁婚親族規定の制定過程

— 伺などを素材として (4) — 南 方 暁

判例研究

再一任を受けた代表取締役による報酬決定と善管注意義務

ユーシン株主代表訴訟事件

東京地判平成30年4月12日・東京高判平成30年9月26日

(金判1556号47頁以下) (確定) 藪 田 礼 子

史料翻刻・解題

諸家例叢〔江幡五郎自筆 輯 共二巻〕(九) 小 島 信 泰 編著

〈遺稿・論説〉

インディアン・ゲーミング規制法 (IGRA) (7)

藤 田 尚 則

目 次

第一章	序論
第二章	インディアン・ゲーミングの歴史とその経済的効果（以上、第48巻第2号）
第三章	従来の賭博規制関連法とIGRA（以上、第48巻3号）
第四章	California v. Cabazon Band of Mission IndiansとIGRA（以上、第49巻第1号）
第五章	IGRAの合憲性に関する3つの判決
第六章	IGRAとインディアン部族（以上、第49巻第2号）
第七章	ゲーミングに使用されるインディアンの土地（以上、第49巻第3号）
第八章	第1種ゲーミング
第九章	第2種ゲーミング（以上、第50巻第3号）
第十章	第3種ゲーミング（第5節まで、本号）
第十一章	民事上及び刑事上の法執行権限
第十二章	収益の用途制限と課税

第十章 第3種ゲーミング

第一節 定 義

Ⅰ 合衆国法律集第25編第2703条第8号

第3種ゲーミングについて、IGRAは、合衆国法律集第25編第2703条第8号に以下の定義規定を置いている。

第2703条（定義）

- (8) 「第3種ゲーミング」とは、第1種ゲーミング又は第2種ゲーミングに属さない全ての形態のゲーミングをいう。

II 連邦行政命令集第25編第502.4条

第3種ゲーミングに関して連邦行政命令集第25編第502.4条³²²⁾は、以下のよう
に規定している。

第502.4条 (第3種ゲーミング)

第3種ゲーミングとは、以下の各項に定めるものを含み、それに限定されない
第1種ゲーミング又は第2種ゲーミングに分類されない全てのゲーミングの形態
をいう。

- (a) 以下の各号に定めるものを含み、それに限定されないその他の全ての形態のゲー
ミング。
 - (1) バカラ、シュマン・ド・フェール、ブラックジャック (21) 及びパイゴウ (pai
gow) (ハウスバンキングゲームとしてプレイした場合)。
 - (2) ルーレット、クラップス及びキーノといったカジノゲーム。
- (b) 合衆国法律集第15編第1171条第a項第1号に規定されるスロットマシン及び運
のゲームの電子又は電子機械のファクシミリ。
- (c) 競馬、ドッグレース又はハイアライへの賭けを含み、それに限定されないスポー
ツ賭博及びパリミュチュエル方式の賭け (pari-mutuel wagering)。
- (d) 宝くじ。

III 解 説

第3種ゲーミングには、スロットマシン、ルーレット、パリミュチュエル
方式の賭けといったカジノ型ゲーミングのほとんどの形態及びブラックジャッ
クといったバンキングカードを含む第1種、第2種ゲーミングに入らない全て
のその他の運のゲームが含まれる。第3種ゲーミングの経営³²³⁾には、部族-州間
協定が必要とされるところ、必然的に、州及び部族の両者が当該ゲーミングに
関して規制権限を有することになる。NIGCが、監督権を保留している。司法省
は、自らのために連邦裁判所への民事訴訟を提起することによってNIGCを支

322) 25 C.F.R. § 502.4, 57 Fed. Reg. 12,392 (Apr. 9, 1992).

323) 67 Fed. Reg. 41166, 41,166 (June 17, 2002).

援することになる。

インディアンの土地における第3種ゲーミングの経営が許されるためには、

- ①NIGC 委員長によって承認された部族条例が、制定されなければならない。
- ②ゲーミングが行われる州が、当該ゲーミングを許可していなければならない。
- ③ゲーミングは、内務長官によって承認された有効な部族－州間協定に従って行われなければならない。以下、①、②、③について分説する。

第二節 部族条例

I 合衆国法律集第25編第2710条第d項

第3種ゲーミングを認める部族条例に関して、合衆国法律集第25編第2710条第d項に以下の規定が置かれている。

第2710条（部族ゲーミング条例）

(d)（第3種ゲーミング事業；公認；取消し；部族－州間協定）

(1) 第3種ゲーミング事業は、当該事業が以下に定める要件を満たす場合にのみインディアンの土地において適法と看做される。

(A) 以下の要件を満たす条例又は決議によって公認されている。

(i) 当該土地に管轄権を有するインディアン部族の統治機関によって採択されている。

(ii) 本条第b項の要件を満たしている。

(iii) 委員長によって承認されている。

(B) 何らかの目的のために個人、組織又は団体による当該ゲーミングを許可する州に位置している。

(C) 第3号に基づくインディアン部族と州とによって締結された有効な部族－州間協定に従って経営される。

(2) (A) インディアン部族が、インディアン部族のインディアンの土地での第3種ゲーミングを経営することを目的とし、又は個人若しくは団体に公認することを目的とする場合、インディアン部族の統治機関は、本条第b項の要件を満たす条例又は決議を採択し、及び委員長に提出しなければならない。

(B) 委員長は、委員長が特に以下に定めることを決定しない限り、(A) に規定される条例又は決議を承認しなければならない。

- (i) 条例又は決議が、インディアン部族の統治文書に従って採択されなかったこと。
- (ii) 部族統治機関が、本編第2711条第e項第1号(D)に規定される者によって当該条例又は決議の採択において著しく且つ不当に影響されたこと。
当該条例又は決議の承認に基づいて、委員長は、当該条例又は決議及び承認の決定をフェデラル・レジスタに公表しなければならない。
- (C) インディアン部族のインディアン土地における第3種ゲーミング事業は、(B)の規定に基づいて委員長によって承認されたインディアン部族の統治機関によって採択された条例又は決議の(B)に基づく公表によって有効となった場合、第3号に規定に基づいてインディアン部族によって締結される有効な部族-州間協定の条項及び条件に完全に従わなければならない。
- (D) (i) インディアン部族の統治機関は、その独自の裁量権及び委員長の承認を得ることなく、インディアン部族のインディアン土地における第3種ゲーミングを承認した以前の条例又は決議を撤回する条例又は決議を採択することができる。当該撤回は、当該部族によるインディアン土地での第3種ゲーミングを違法とする。
- (ii) インディアン部族は、(i)で規定される撤回条例又は決議を委員長に提出しなければならない。委員長は、当該条例又は決議をフェデラル・レジスタに公表しなければならない、及び当該条例又は決議によって規定される撤回は、公表日に効力を発する。
- (iii) 本項のその他のいかなる規定にも拘わらず、以下の定めによる。
 - (I) 第3種ゲーミング事業の公認を撤回する(i)に規定される条例又は決議がフェデラル・レジスタに公表された日に、本号に従って第3種ゲーミング事業を経営する人又は団体は、当該条例又は決議が(ii)の規定に基づいて公表される日から1年の間、第3号に基づいて締結される有効な部族-州間協定に準拠した当該事業を継続することができる。
 - (II) 当該1年の期間の終結以前に提起される民事訴訟及び実行される犯罪は、当該撤回条例又は決議によって影響されることはない。

II 解 説

第3種ゲーミングを認める部族条例は、第2種ゲーミング条例と同様の規定を含んでいなければならず、NIGC委員長に申請され、その承認を得なければならない。そして、その決定は、フェデラル・レジスタに公表されなければならない（合衆国法律集第25編第2710条第d項第2号）。

第三節 州法との適合性

I 合衆国法律集第25編第2710条第d項第1号（B）

合衆国法律集第25編第2710条第d項第1号（B）は、第3種ゲーミング事業開設の条件として、「いかなる目的であろうと、個人、組織又は団体に当該ゲーミングを許可する州に位置」していなければならない旨規定している。この規定は、第2種ゲーミングについて規定している第2701条第b項第1号（A）の規定と同一であるが、括弧書きが欠落している。この括弧書きは、2010条第d項第6号で「合衆国法律集第15編〔通商及び交易〕第1175条〔製造、修繕、売買、占有等の禁止の特別管轄権〕の規定は、以下に定める部族－州間協定に基づいて経営されるいかなるゲーミングにも適用されない。」と規定されているところ、第3種ゲーミングとの関係では不要ということになる。

II 解 説

問題は、2710条第d項第1号（B）にいう「当該ゲーミング」の許容範囲にある。ユタ州のように憲法で全てのゲーミングを禁止している場合には、ほとんど問題は生じないであろうが、インディアン³²⁴⁾の土地が位置するほとんどの州において、その答えは明確に出てこない。州は、州法によって明確に許可され

324) Utah Const. Art. § 27 provides that "The Legislature shall not authorize any game of chance, lottery or gift enterprise under any pretense or for any purpose.", available at <https://advance.lexis.com/search/?pdmfid=1000516&crd=56810377-73fd-498f-9ec4-607848938963&pdsearchterms=Utah+Const.+Art.+6%2C+%C2%A7+27&pdstartin=hlct%3A1%3A1&pdtypeofsearch=searchboxclick&pdsearchtype=SearchBox&pdqtype=and&pdpsf=&eomp=Ly1fk&earg=pdpsf&prid=bc979629-dbc0-44c8-9578-66d4cbcf16be>

た第3種ゲーミングについてのみ協定交渉のテーブルに着く義務があると主張するのに対して、部族側は、州法が何らかの第3種ゲーミングを許可している場合に、あらゆる形態の第3種ゲーミングが許されるはずであると主張するのである。³²⁵⁾「当該ゲーミングを許可する」という文言の解釈をめぐって、判例は対立している。

合衆国第九巡回区控訴裁判所は *Rumsey Indian Rancheria of Wintun Indians v. Wilson* ³²⁶⁾ (以下、「*Rumsey II* 判決」という。) で、また合衆国第八巡回区控訴裁判所は *Cheyenne River Sioux Tribe v. South Dakota* ³²⁷⁾ (以下、「*Cheyenne River Sioux Tribe* 判決」という。) で、法律の「文字解釈」テストを適用し、限定解釈している(部族の新規参入に否定的立場)。反対に、合衆国第二巡回区控訴裁判所は、*Mashantucket Pequot Tribe v. Connecticut* ³²⁸⁾ (以下、「*Mashantucket Pequot Tribe* 判決」という。) で、*Cabazon* 判決が採用した二分法テストを適用し、拡大解釈している(州法が禁止的ではなく規制的性格を持つ場合、部族の新規参入に肯定的立場)。なお第2710条第d項の原文は、“(d) Class III gaming activities; authorization; revocation; Tribal-State compact. (1) Class III gaming activities shall be lawful on Indian lands only if such activities are (A) (omitted), (B) located in a State that permits such gaming for any purpose by any person, organization, or entity, and (c) (omitted)”となっている。

III Rumsey Indian Rancheria of Wintun Indians v. Wilson

1 事実の概要

Rumsey II 判決³²⁹⁾を見る。カリフォルニア州(以下、「本件州」という。)においては、現在、数々の連邦によって承認されたインディアン部族が、部族の土地で様々なゲーミング事業に携わっている。「ゲーミング活動案」(Proposed

325) COHEN'S HANDBOOK, 2012 ED., *supra* note 169, § 12.05[4], at 895.

326) 64 F.3d 1250 (9th Cir. 1994).

327) 3 F.3d 273 (8th Cir. 1993).

328) 913 F.2d 1024 (2d Cir. 1990).

329) 64 F.3d 1250 (9th Cir. 1994).

Gaming Activities (以下、「PGA」という。)) に従事したいと考えた複数部族が、スタンド・アロン電子ゲーミング機器 (stand-alone electronic gaming device)、ライブバンキングカードゲーム及びパーセンテージカードゲーム (live banking and percentage card game) の営業を許可する協定交渉を本件州に要求した。本件州は、PGAは、本件州法の下で違法であるとして部族との交渉を拒否した。続いて、本件州と7部族は、本件州が部族と交渉することを義務づけられるか否かの司法判断を求める訴訟上の合意に達した。7部族は、IGRAを根拠に合衆国カリフォルニア州東部地区地方裁判所に宣言的判決を求めて出訴した。その他の別のインディアン部族によって提起された訴えが、本件訴訟と併合された (以下、合わせて「本件部族」という。)。略式判決を求めて、訴訟当事者によって反対の申立てが提起された。地方裁判所は、バンキングカードゲーム及びパーセンテージカードゲームを除いて、PGAは交渉の主題となるとして本件部族の主張を認める略式判決を下した。本件州が、即時に上訴し、本件部族が交差上訴した。³³⁰⁾ 合衆国第九巡回区控訴裁判所は、ビデオラテリターミナル (video lottery terminal) を除いて、本件州は本件部族とPTAの交渉に入る義務はないとして、事件を地方裁判所に差戻した。以下、判決要旨である。

2 判 決

当裁判所は、*Cabazon* 判決が採ったIGRA解釈を拒否する〔二分法の否認〕。当裁判所は、制定法解釈の伝統的解釈方法を採用する。すなわち、「制定法の文言の適用が、その起草者の意図と明らかに齟齬する結果を招くという極稀な事案を除いて、立法の明確な意味が決定的となる。」 (United States v. Ron Pair Enters, 489 U.S. 235, 243 (1989).)。多くの事案において、制定法の文言が明確 (unambiguous) であると認定されたならば、立法史に訴える必要はない (Fernandez v. Brock, 840 F.2d 622, 632 (9th Cir. 1988).)。合衆国法律集第25編第2710条第d項第1号 (B) の文言は、明確である。当裁判所は、United State v. Launder (743 F.2d 686 (9th Cir. 1984)) で、同条項にいう「許可する」という文言について辞書的定義を採用した (Id. at 689 (ブラック法律辞典))。明ら

330) 64 F.3d 1250, 1255 (9th Cir. 1994).

かに、本件州は、バンキドカードゲーミング及びパーセンテージカードゲーミングを許可していない。ビデオラテリターミナルを除いて、「スロットマシン」の説明に適合する電子ゲーミング機器は禁止されている。本件州が、バンキドカードゲーミング及びパーセンテージカードゲーミングと何らかその特質を共有するゲームを許可しているという事実は、本件州がPGAを許可しているという証拠とはならない。のみならず、技術的にスロットマシンでないとしても、州経営の宝くじ (state lottery) が機能的にそれに類似しているということも重要ではない。合衆国第八巡回区控訴裁判所で争われた *Cheyenne River Sioux Tribe* 判決 (3 F.3d 273 (8th Cir. 1993)) では、部族は、カジノ型賭博と同様に伝統的な様式のキーノの営業を求めて争ったが、サウスダコタ州は、これを拒否した。合衆国第八巡回区控訴裁判所は、第一に同州は慈善団体にビンゴ及びラッフル (raffle) を許可しているが、カジノ型賭博は許可していないと認定した。第二に同裁判所は、「サウスダコタ州においてビデオキーノ (video keno) のみが許可されている場合、州は、伝統的キーノを交渉する必要はない。合衆国法律集第25編第2710条第d項第1号 (B) にいう『当該ゲーミング』という文言は、州が現在許可していない形態のゲーミングに関して、州が交渉に応ずることを要求するものではない。ビデオキーノと伝統的キーノは、同一のものではなく、ビデオキーノの携帯のみが州法の下で許可されているが故に、……部族が伝統的キーノを州に申し出ることは違法である。」と述べている (*Id* at 279)。当裁判所は、合衆国第八巡回区控訴裁判所の判断を支持するものである。IGRAは、州に対して第3種ゲーミング行為の1つの形態についての交渉に、州が類似の形態のゲーミングにも拘わらず他を合法としていたという一事をもって応ずることを要求していない。IGRAは、州が「何らかの目的のために個人、組織又は団体による」ゲーミング行為を許可していた場合、州は、同一の行為に従事することをインディアン部族に許可しなければならないと言っているだけである。換言すれば、州は、部族に対して他者が営業し得るゲームを営業することを許可することのみが求められ、他者が持ち得ないものを部族に与える必要はない。³³¹⁾

331) *Id.* at 1257-58.

なお付言すれば、何ゆえ、第2種ゲーミングと第3種ゲーミングに関して異なった意味を持つかということである。確かに、合衆国法律集第25編第2710条第b項第1号(A)と同第2710条第d項第1号(B)は、括弧書きを除いて、同一の文言を用いて規定している。当裁判所は、*Vanscoter v. Sullivan* (920 F.2d 1441 (9th Cir. 1990)) で、「同じ法律の中で、そして同一の条数においてさえも、一回以上使用される同じ用語は、当該用語が異なった場所で異なった意図をもって使用されていると考えられる場合、異なったように解釈され得る。」(*Id.* at 1448) と判示した。このことは、第3種ゲーミングの事案についても当て嵌まる場所である。上院議事録は、繰り返し *Cabazon* 判決にいう二分法を第2種ゲーミングにリンクさせているが、第3種ゲーミングについては沈黙を守っているそのこと自体が、第2種ゲーミングと第3種ゲーミングを異なって処理すべきことを意味している。さらに、合衆国議会は、第2種ゲーミングと第3種ゲーミングを異なったものと考えている。上院議事録は、「部族が、部族の経済発展のためにビンゴ及びロットといった〔第2種〕ゲームを利用するために最大限の柔軟性を持つよう意図」したと述べ、第2種ゲーミングは、州の規制法から広く自由に運営されることを示唆している (1998 U.S.C.C.A.N. 3071, at 3079, 3082)。しかし、合衆国議会は、部族による第3種ゲーミングの使用については、それほど意欲を示してはおらず、むしろ、州の規制スキームにより服すべきだとの立場をとっていることは明らかである (*Id.* at 3083-84³³²⁾。

IV 政府解釈

この問題に関して、連邦政府は、*Rumsey II* 判決が採用し限定解釈の立場に立っている。以下、フェデラル・レジスタ第63巻3289頁に掲載された1998年1月22日時点での内務省インディアン問題局の見解³³³⁾を記す。すなわち、部族と州との間で最も頻繁に争われる論点は、州法の下で許可される「ゲーミングの範囲」に関するものであるが、合衆国法律集第25編第2710条第d項第1号(B)の下で許可され得る「ゲーミングの範囲」を評価するに際して、内務省は、*Sycuan*

332) *Id.* at 1259.

333) *See* 63 Fed. Reg. 3289 (Jan. 22, 1998).

Band of Mission Indians v. Wilson (No. 96-1059, 65 U.S.L.W. 3855 (June 24, 1997) [521 U.S. 1118 (1997).]) が審理された合衆国最高裁判所において、法廷の友として合衆国が提出した上訴趣意書の解釈を適用するものである。つまり、内務長官は、計画されたゲーミング行為が、何らかの目的のために個人、組織又は団体によって州内で許可されていない場合に、部族による提案を否認するものとする。この結論は、第2710条第d項第1号(B)の規定に基づくものである。IGRAは、州法が完全に及び積極的に禁止している特に第3種ゲーミングを部族が営業することを違法としているのである〔文言解釈の立場を採っている。〕。それ故に、合衆国第九巡回区控訴裁判所は、*Rumsey II* 判決で、州はかかるゲームについて交渉する義務を持たないと結論した。換言すれば、州は、伝統的ゲームの全てのクラスを禁止している場合、当該カテゴリーに入る特定のゲームについて部族と交渉する必要はない。従って、部族による当該ゲーミングの提案及び許可は、内務長官のとり手続の下で認められない。³³⁴⁾

第四節 部族－州間協定

Ⅰ 合衆国法律集第25編第2710条第d項

合衆国法律集第25編第2710条第d項に部族－州間協定に関する詳細な規定が、³³⁵⁾置かれている。

第2710条（部族ゲーミング条例）

(d)（第3種ゲーミング事業；公認；取消し；部族－州間協定）

334) *Id.* at 3, 292-3, 293.

335) See generally CANBY, *supra* note 77, at 359-68; Mark H. Reeves, *A Rejection of State Effects to Enforce Laws on Indian Lands in the Absence of a Tribal-State Compact*, 9 FIU L. REV. 331 (2014); Kevin Gover & Tom Gede, *The States as Trespassers in a Federal-Tribal Relationship: A Historical Critique of Tribal-State Compacting Under IGRA*, 42 ARIZ. ST. L.J. 185 (2010); Matthew L. M. Fletcher, *Bringing Balance to Indian Gaming*, 44 HARV. J. LEGIS. 39 (2007); Tsosie, *supra* note 137; William T. Bisset, *Tribal-State Compacts: The Constitutionality of the Indian Gaming Regulatory Act*, 21 HASTINGS CONST. L.Q. 71 (1993).

- (4) 本項第3号 (C) (iii) の規定に基づいて同意され得る査定を除いて、本条のいかなる規定も、インディアン部族又は第3種ゲーミング事業を經營することをインディアン部族によって公認されたその他の個人又は団体に、税金、手数料、料金又はその他の割当金を課す権限を州又はその政治的下部機関に付与するものと解釈されてはならない。いかなる州も、当該税金、手数料、料金又はその他の割当金を課す権限が当該州又はその政治的下部機関にないことを理由に第3号 (A) に規定される交渉を拒むことはできない。
- (5) 本項のいかなる規定も、州と共にインディアンの土地における第3種ゲーミングを規制するためのインディアン部族の権利を損なうものではない。ただし、当該規制が、第3号に基づいてインディアン部族によって締結される有効な部族－州間協定によって適用可能となる州の法律及び規則に矛盾する場合、又は当該州の法律及び規則に定める基準より厳しくない基準の場合は除く。
- (6) 合衆国法律集第15編〔通商及び交易〕第1175条〔製造、修繕、売買、占有等の禁止の特別管轄権〕の規定は、以下に定める部族－州間協定に基づいて經營されるいかなるゲーミングにも適用されない。
- (A) 賭博機器が合法とされる州によって第3号の規定に基づいて締結される場合で、及び
- (B) 有効である場合。
- (7) (A) 合衆国地方裁判所は、以下の訴訟原因に対して管轄権を有する。
- (i) 第3号の規定に基づく部族－州間協定を締結する目的でインディアン部族との交渉に入ることを州が怠ったこと、又は当該交渉を誠実に行うことを怠ったことから生ずるインディアン部族によって提起される訴訟原因。
- (ii) インディアンの土地に位置し、及び第3号に基づいて締結される有効な部族－州間協定に違反して經營される第3種ゲーミング事業を禁止するために、州又はインディアン部族によって提起される訴訟原因。
- (iii) (B) (vii) に基づいて規定される手続を執行するために長官によって提起される訴訟原因。
- (B) (i) インディアン部族は、(A) (i) に規定される訴訟をインディアン部族が

第3号(A)に基づく交渉に入ることを州に要求した日から180日後にのみ提起することができる。

- (ii) (A) (i) に規定される訴訟において、以下に定める事項についてのインディアン部族による証拠提出に基づいて、州がゲーミング事業の経営に適用される部族-州間協定を締結するために誠実にインディアン部族と交渉したとする立証責任は、州に課される。

- (I) 部族-州間協定が、第3号の下で締結されてこなかったこと。

- (II) 州が、当該協定を交渉するためのインディアン部族の要求に応じなかったこと、又は当該要求に誠実に応じなかったこと。

- (iii) (A) (i) に規定される訴訟において、裁判所が、州がゲーミング事業の経営を管理する部族-州間協定を締結するに際してインディアン部族と誠実に交渉することを怠ったと認定した場合、裁判所は、州及びインディアン部族に当該協定を60日以内に締結するよう命じなければならない。当該訴訟において、州が誠実に交渉したか否かの訴訟を決定するに際して、裁判所は以下の審理を行う。

- (I) 公共の利益、公共の安全、犯罪性、財務的整合性及び既存のゲーミング事業への不利な経済状況を考慮に入れることができる。

- (II) 州が誠実な交渉しなかったという証拠として、州によるインディアン部族又はインディアンの土地への直接課税の請求を審査しなければならない。

- (iv) 州及びインディアン部族が、(iii) に基づいて発出された裁判所命令に定められた60日以内に、当該インディアン部族の管轄権に服すインディアンの土地でのゲーミング事業の経営を管理する部族-州間協定を締結できなかった場合、インディアン部族及び州は、裁判所によって任命される調停人に各々の協定のための最終的な最善の申出を反映する提案協定を提出しなければならない。調停人は、2つの提案協定の中から本章の条項及びその他の適用連邦法並びに裁判所の認定及び命令に最善に一致するいずれか1つを選択しなければならない。

- (v) (iv) の規定に基づいて裁判所によって任命された調停人は、州及びインディアン部族に (iv) の規定に基づいて調停人によって選択された協定

を提示しなければならない。

(vi) 州が、提案協定が (v) の規定に基づいて調停人によって州に提示された日から60日の間に提案協定に同意した場合、提案協定は、第3号の規定に基づいて締結された部族－州間協定として処理されなければならない。

(vii) 州が、(vi) に規定される60日の間に (v) の規定に基づいて調停人によって提示された提案協定に同意しなかった場合、調停人は、長官に通知し、長官はインディアン部族との協議の上で以下の手続を指図しなければならない。

(I) いずれの提案協定が、(iv) の規定に基づいて調停人によって選択された提案協定、本章の規定及び州法の関連規定に一致しているか。

(II) いずれの提案協定の下で第3種ゲーミングが、インディアン部族が管轄権を有するインディアンの土地で行われるべきか。

(8) (A) 長官は、インディアン部族のインディアンの土地でのゲーミングに適用される当該インディアン部族と州との間で締結された部族－州間協定を承認するための権限を付与される。

(B) 長官は、協定が以下に定める事項を侵害する場合にのみ、(A) に規定される協定を否認することができる。

(i) 本章の規定。

(ii) インディアンの土地でのゲーミングに対する管轄権に関連しないその他の連邦法の規定。

(iii) 合衆国のインディアンに対する信託義務。

(C) 長官が、(A) に規定される協定を当該協定が承認のために長官に提出されてから45日以前に承認せず、又は否認しなかった場合、当該協定は長官によって承認されたものと看做される。ただし、当該協定が、本章の規定に一致する限りにおいてとする。

(D) 長官は、本号の下で承認され、又は承認されたと看做される部族－州間協定の通知をフェデラル・レジスタに公表しなければならない。

II 解 説

IGRAを審議した上院インディアン問題選抜委員会は、部族にとって第3種

ゲーミングの経営に必要とされる部族－州間協定の必要性ないしその妥当性について、以下のように説明を加えている。すなわち、部族－州間協定（以下、「協定」という。）の採用が、2つの主権的統一体（部族と州）の利益がパリティ・ミューチュエル方式の賭け、カジノ・ゲーミング、ハイアライ等々の複雑なゲーミング事業に関して満たされることを保障するための最善のメカニズムである。一方で、州は、第3種ゲーミングの洗練された形態に関する州の法律及び規制が、少数の例外を除いて、現時点で適用されていないインディアン土地において遵守されることに強い関心を抱いている。他方で、部族は、インディアン土地に対する州の管轄権を課すことに強く反対している。この両者の間に均衡をとることが、必要とされる。協定手続が、2つの平等な主権的統一体間の様々な事項を設定するに際して実行可能なメカニズムである。州及び部族政府は、第3種ゲーミング事業に重要な政府利益を有しており、部族から州へ、そして州から部族へ流れる相互利益の関係において交渉を行うことに意欲を示しているところである。このことが交渉の骨組みを構築しなければならない強力且つ重大な根拠となっている。

部族にとっての利益は、①部族コミュニティ及び保留地居住者の利益となるよう政府役務を提供するための増収、②経済的自足とインディアンの自決という目的の達成、③管轄権内にある人の行動を規制することにある。第3種ゲーミングに関する州政府の利益には、①当該ゲームと州の公けの政策、安全、法及びその他の利益との相互作用、②州の規制制度の影響、③州の市民にとって収益が増大するという経済的効果が含まれる。当委員会は、協定が必要とされることをもって、州が当該協定を第3種ゲーミングから部族を排除する手段として、又はインディアンとの自由市場競争から州が許可したゲーミング事業を保護する手段として用いることを、正当化するものではない。

第3種ゲーミングに関する所定の連邦規制制度は存在せず、部族もまた、現時点で第3種ゲーミング規制に関する制度を立ち上げてはいない。既存の州の規制制度の採用が考えられるが、州法の採用が、州の管轄権の承認につながるということはあってはならない。州の規制制度は、交渉される協定によって達成され得るが、このことは、部族政府が第3種ゲーミングの規制に何らの役割をも持ち得ないことを意味するものではない。

IGRAは、ゲーミングをめぐる部族及び州双方にとっての様々な利益や状況を勘案し、部族－州間協定のプロセスを全体として任意的なものとしている。もっとも、IGRAは、部族が州の交渉過程における交渉の懈怠及び誠実性遵守を根拠に訴訟で争い得るとするを通して司法手続を確立している（合衆国法律集第25編第2710条第d項第7号（A））。また、合衆国議会は、内務長官に協定が存在しない場合に、第3種ゲーミングを行い得る手続を採用する権限を付与している（同第2710条第d項第7号（B））。以下、部族－州間協定に関する問題について分説する。裁判所によって任命される調停人の役割については、本章第八節で述べる。

第五節 部族－州間協定の交渉機関

Ⅰ 概 説

IGRAは、規定された部族－州間協定の要件に関して、いかに交渉し、協定を承認するか否かについて各州の政治部門に一任しているが、合衆国第十巡回区控訴裁判所は、協定の有効性についてPueblo of Santa Ana v. Kelly³³⁷⁾（以下、「Pueblo of Santa Ana事件」という。）で、以下のように判示している。すなわち、第3種ゲーミングが連邦及び州の刑法上の禁止の適用から免除されるためには、①第3種ゲーミングを権限付ける承認された部族条例が存在し（合衆国法律集第25編第2710条第d項第1号（A））、②ゲーミングが、目的に応じてIGRC委員長によって個人、組織又は団体に当該ゲーミングを許可する州に位置し（同第2710条第d項第1号（B））、③有効である部族及び州によって交渉された協定が存在すること（同第2710条第d項第1号（C））という3要件を満たしていなければならない。3要件を満たさない場合、第3種ゲーミングは、適用刑事法に服することを意味する。そして、IGRAは、2つの異なった要件を課しているところ、それは、①州法が、州が有効に交渉に応じ得るかの手続を決定しており、そし

336) H.R. REP. NO. 100-446, at 13-14 (1988).

337) See Kathryn R.L. Rand, *Caught in the Middle: How State Politics, State Law, and State Courts Constrain Tribal Influence Over Indian Gaming*, 90 MARQ. L. REV. 971, 1000 (2007).

338) 104 F.3d 1546 (10th Cir. 1997).

てその手続に従って協定が締結されること、②第3種ゲーミングが認められる以前に、州と部族が協定の交渉に入り、当該協定が内務長官の承認を得ること³³⁹⁾という要件である。

II 州 法

諸州は、部族－州間協定の交渉権限を持つ州の機関を明確にする法律を制定することによって、交渉権限の問題に関する訴訟の可能性 — 事実、*Pueblo of Santa Ana* 事件においては、知事に交渉権限はないと判示されている — を最小限にしようと試みている。

1 カリフォルニア州

(1) カリフォルニア州は、憲法第4条第19節³⁴⁰⁾に以下の規定を置いている。

第19節 [宝くじ；競馬；ビンゴ；カジノ賭博；インディアン土地]

- (a) 議会は、宝くじを承認する権限を有さず、及び州内において宝くじ券の販売を禁止しなければならない。
- (b) 議会は、競馬、競馬の会合及び賭け金の規制を定めることができる。
- (c) 第a項の規定にも拘わらず、議会は、法律で市及び郡が慈善目的に限ってビンゴゲームに関して定めることを承認することができる。
- (d) 第a項の規定にも拘わらず、カリフォルニア州宝くじ (California State Lottery) の設立が承認される。
- (e) 議会は、現在ネヴァダ州及びニュージャージー州で経営されている型のカジノを承認する権限を有さず、及び当該カジノを禁止しなければならない。
- (f) 第a項及び第e項の規定並びに州法のその他の規定にも拘わらず、知事は、連邦

339) *Id.* at 1552-53.

340) <https://advance.lexis.com/search/?pdmfid=1000516&crd=c2ca1fce-4ee2-4bcd-b794-c3c3b886ff32&pdsearchterms=Cal+Const%2C+Art.+IV+%C2%A7+19&pdstartin=hlct%3A1%3A1&pdtypeofsearch=searchboxclick&pdsearchtype=SearchBox&pdqtype=and&pdpsf=&eomp=4trc9kk&earg=pdpsf&prid=49c18110-4757-4046-9b55-26762213083a> (last visited Mar. 24, 2018). Sec. 19 amended March 7, 2000, by Prop. 1A (Res.Ch. 142, 1999) and Prop. 17 (Res.Ch. 123, 1999).).

法に従って、カリフォルニア州内のインディアンの土地での連邦によって承認されたインディアン部族によるスロットマシンの営業並びに宝くじゲーム、バンキングカード及びパーセンテージカードの行為のために、議会の承認に服することを条件に協定の交渉を行い、結論を出す権限を付与される。従って、スロットマシン、宝くじゲーム、バンキングカードゲーム及びパーセンテージカードゲームは、当該協定に従うことを条件に、部族の土地で行われ、営業されることが以後許可される。

(2) カリフォルニア州は、イニシアチブによって1998年12月3日、「統治法典」(the Government Code) に第16編「インディアン・ゲーミングを管理する州－部族協定」第1章「1988年部族政府ゲーミング及び経済自足法」(the Tribal Government Gaming and Economic Self-Sufficiency Act of 1998) 第98000条ないし第98012条を追加規定している。

カリフォルニア州統治法典³⁴¹⁾

第8004条

カリフォルニア州は、ここにカリフォルニア州内に位置するインディアンの土地に対する管轄権を有するものとして内務長官によって承認されている連邦によって承認された全てのインディアン部族に、IGRAに基づいてゲーミングに関して資格があるものとし、当該部族が「政府対政府の関係を基礎として」、以下に定める期間及び条件を内容とするゲーミング協定を請求し、及び州と交渉に入ることができることを提示する。(以下略)

第8005条

第8004条において提示されるゲーミング協定は、法律によって認められる範囲内で、請求が第98002条に従って連邦によって承認されたインディアン部族によって正当に行なわれ、及び本章〔第1章〕に規定された期限内に知事によって執行されない場合、カリフォルニア州によって同意され、承認され、及び執行されたも

341) <http://codes.findlaw.com/ca/government-code/gov-sect-98000.html> (last visited Apr. 4, 2018).

のと看做される。ただし、本規定が違法又は無効と看做され、又は部族がその裁量でゲーミング協定の実現を裁判所を通して実行しようとした場合、カリフォルニア州は、ここに連邦によって承認されたインディアン部族によって州を相手に提起される当該部族の請求に基づいて、第98004条に提示されたゲーミング協定の執行を州が拒否したことを原因とする訴訟について、合衆国裁判所の管轄権に委ねる。上の規定の一般性を制限することなくカリフォルニア州は、IGRAに従って異なった部族-州間協定を締結する目的で部族との交渉に入ることを州が拒否し、又は交渉を誠実に行うことを拒否したこと、州が当事者である部族-州間協定の改正に関する交渉を拒否し、又は改正交渉を誠実に行うことを拒否したこと、又は州が当事者であり若しくは当事者となる得る部族-州間協定の条件を州が侵害したことを訴訟原因として主張する連邦によって承認されたカリフォルニア州のインディアン部族によって州を相手に提起される訴訟について、合衆国裁判所の管轄権に委ねる。

2 アイオワ州

州法典

第10A.104条³⁴²⁾ (監査局長の権限と義務)

局長又は局長の受任者は、以下に定める権限を有する。

- (10) アイオワ州とIGRA (合衆国法律集第25編第2701条以下) に基づいて交渉に入る州内に位置するインディアン部族との間の合意又は協定を交渉し、及び履行すること。

3 ルイジアナ州

現行制定法集

第46:2303条³⁴³⁾ (州／部族協定；知事の権限)

342) <https://advance.lexis.com/search/?pdmfid=1000516&crd=f4529a1a-b0bb-4a70-9773-3f57dd01db4c&pdsearchterms=Iowa+Code+Ann.+%C2%A7+10A.104&pdstartin=hlct%3A1%3A1&pdtypeofsearch=searchboxclick&pdsearchtype=SearchBox&pdqtype=and&pdpsf=&eomp=4trc9kk&earg=pdpsf&prid=270c62ca-e02b-4672-8d0b-eb0d7385b0ac> (last visited Mar. 24, 2018).

知事は、州を代表して連邦によって承認されたインディアン部族と州-部族協定を交渉し、及びそれに署名することができる。

4 ミネソタ州

ミネソタ州法典

第3.9221条³⁴³⁾ (インディアン部族；交渉されるべき協定)

第1節 (定義)

本条の目的にとって「法律」とは、IGRA (一般法律第100-497号) 及びその改正法をいう。

第2節 (交渉)

知事又は知事によって指名された代表者は、法律第11条〔合衆国法律集第25編第2710条〕の規定に従って、法律第4条〔同第2703条〕に規定される第3種ゲーミングの行為を規制する部族-州間協定を誠実に交渉しなければならない。合意は、法律第11条第d項第3号 (C)〔同第2710条第d項第3号 (C)〕に定められた事項を規定することができる。司法長官は、本条に基づく協定の交渉に関して、知事又は知事によって指名された代表者の法律顧問とする。知事が、本節に基づいて交渉する被指名人を任命し場合、被指名人には少なくとも2人の上院議員及び2人の下院議員が含まれなければならない、そのうちの2人は、賭博政策に関する管轄権を有する上院及び下院の常任委員会委員長でなければならない。

第3節 (制限期間)

(a) 1989年4月20日以前に受理される交渉請求に従って行われる交渉の場合、第2

343) <https://advance.lexis.com/search/?pdmfid=1000516&crd=269dc018-1eea-4e9d-b07b-ccc2754495ad&pdsearchterms=La.+Rev.+Stat.+Ann.+%C2%A7+46%3A2303&pdstartin=hlct%3A1%3A1&pdtypeofsearch=searchboxclick&pdsearchtype=SearchBox&pdqtype=and&pdpsf=&comp=4trc9kk&earg=pdpsf&prid=77008fc6-af5f-41b3-abaf-8bd700ec5099> (last visited Mar. 24, 2018).

344) <https://advance.lexis.com/search/?pdmfid=1000516&crd=614b549f-c6cc-4a01-8fbc-1a0c5bb8956c&pdsearchterms=Minn.+Stat.+Ann.+3.9221&pdstartin=hlct%3A1%3A1&pdtypeofsearch=searchboxclick&pdsearchtype=SearchBox&pdqtype=and&pdpsf=&comp=4trc9kk&earg=pdpsf&prid=23694b97-11de-418c-99a8-27d343aba9c5> (last visited Mar. 24, 2018).

節に基づいて承認されたインディアン部族と交渉する権限は、1989年4月20日以降、180日をもって終了する。

- (b) 1989年4月20日以後に受理される交渉請求に従って行われる交渉の場合、第2節に基づいて承認されたインディアン部族と交渉する権限は、知事による請求の受理の後180日をもって終了する。

第4節（協定の条項；当事者の権利）

本条に基づいて州を代表して合意された協定には、以下の各号に定める事項が規定されなければならない。

- (1) 共同決議による議会を含む合意についての各々の当事者の権利を承認し、合意が新たな協定によって再交渉され、又は廃棄されることを請求する規定、及び議会を含む各々の当事者が再交渉又は新たな協定を請求し得る条件を定める規定。
- (2) 再交渉又は新たな協定の請求の場合に、既存の協定は再交渉され、又は廃棄されるまで効力を維持する旨の規定。

第5節（報告）

知事、司法長官又は知事によって指名された代表者は、賭博規制に関する管轄権を有する下院及び上院委員会に毎年報告しなければならない。報告には、交渉された協定についての情報及び将来の交渉の概略が含まなければならない。

5 サウスダコタ州

成文法第1-54-4条³⁴⁵⁾（知事は、ゲーミング協定の交渉に入る以前に聴聞の機会を持つこと）

IGRAに基づく第3種ゲーミングに関しインディアン部族との協定交渉に入る以前に、州知事又はその受任者は、全ての利害関係人にその意見を陳述することを認めるために影響を受ける地域で1回又はそれ以上の公聴会を開催しなければな

345) <https://advance.lexis.com/document/?pdmfid=1000516&crd=ad47f727-f0ba-420b-b43f-59c168154e6a&pddocfullpath=%2Fshared%2Fdocument%2Fstatutes-legislation%2Furn%3AcontentItem%3A5DKM-GRR1-JF9M-90PR-00000-00&pdtocnodeidentifier=AACADGAAE&ecom=4fxtk&prid=df09a8ea-23bf-4e1c-b635-d079611fb929> (last visited Mar. 24, 2018).

らない。

6 ワシントン州

現行制定法集

第 43.06.010 条³⁴⁶⁾ (一般的権限及び義務)

憲法に定められた権限及び義務に加えて、知事は、以下に定める権限を行使し、及び義務を履行する。

- (15) ……知事は、インディアンの土地で IGRA に規定された第 3 種ゲーミングを行うために、当該連邦法の規定（合衆国法律集第 25 編第 2701 条以下）に従って、ワシントン州内で連邦によって承認されたインディアン部族との協定を、州を代表して執行する権限を付与され、及び権利を付与される。

(本学法務研究科教授)

346) <https://advance.lexis.com/search/?pdmfid=1000516&crd=63a9fb1a-02d3-4709-8700-34b2e0c9c544&pdsearchterms=Wash.+Rev.+Code+Ann+%C2%A7+43.06.010&pdstartin=hlct%3A1%3A1&pdtypeofsearch=searchboxclick&pdsearchtype=SearchBox&pdqtype=and&pdpsf=&ecomp=4trc9kk&earg=pdpsf&prid=49c18110-4757-4046-9b55-26762213083a> (last visited Mar. 24, 2018).

法定地上権制度を考える（その1）

— 自己借地権制度を視野に入れて —

松 田 佳 久

目 次

- I はじめに
- II 自己借地権制度と借地借家法 15 条創設の経緯
- III 各種立法案の検討と是非

I はじめに

担保法の改正の中で、法定地上権制度につき適正に規定するには、かならずしも条文からははっきりしない多くの問題点について、複雑に展開した判例のリステイトメントを行う必要がある。しかし、そのためにはかなりの条文数を必要とし、結論的には、わかりやすく提示することは困難だろうと予想され、¹⁾立法論としては複雑多数の条文数になることを避け、国民にとってわかりやすいものとするために、担保法改正委員会（以下、委員会という）は、敷地利用権の付かない建物だけが抵当権の対象となることはないという現実を踏まえて、土地建物が同一所有者に帰属する場合には、建物だけを抵当権の目的となしえないという原則を提案している。この提案により数々の解釈論上の難問を生み出してきた法定地上権制度は不要になるとする。そして、数十年後においては²⁾欧米と同様の土地建物の一体化を志向するものとなる。また、土地と建物を別³⁾

1) 担保法改正委員会「抵当権法改正中間試案の公表（民法改正試案 vol. I）III 試案の解説 I — 民法」〔道垣内弘人〕ジュリ 1228（2002）215-216。

2) 委員会〔内田貴〕・前掲注（1）184。

3) わが国が欧米とは異なり、土地と建物とが別個の不動産とされることとなった経緯については、瀬川信久『不動産附合法の研究』10-17 頁（有斐閣、1986）参照。また、わが

個に抵当権の目的とする場合には、自己借地権を設定できるとする。いわゆる、自己借地権の拡張である。

そもそも法定地上権制度は、建物保護という国民経済的利益が説かれていながら、近時発展している判例法理においては、いかにして抵当権者に不測の損害を及ぼさないか、が基準となっており、建物保護は背後に退いてしまっている⁴⁾ことからしても、法定地上権制度の存続も含めて再構成する必要がある。

一方、自己借地権は必要であるが、法定地上権制度の存続を主張する見解もある⁵⁾。

法定地上権は、以前より解釈論上の問題が多く提起されてきたことは事実であるが、現在では、判例によって、比較的安定した解釈論が確立されており、問題が減少しているとも指摘される。⁶⁾そこで、本稿では、他の者と共にするという制限をなくした自己借地権を容認する様々な立法論は、はたして抵当権者にとって従来の法定地上権制度の下でのこれまでどおりの効果をもたらせるのか。立法論を導入したもの、従来の制度を立法論に合わせるにあたって、さまざまな混乱が想定されるが、そのような混乱が想定されても立法論を導入すべきなのか、あるいは法定地上権制度をこのまま維持するのがよいのか、などについて検討する。

国の建物の独立性の觀念の由来を詳述するものとして、柳沢秀吉「土地と建物の法律関係」『名城大学創立三十周年記念論文集 法学篇』105頁以下（法律文化社、1978）、同「土地と建物の法律関係（承前、二）」名城27・1＝2（1978）37以下、同「土地と建物の法律関係（承前、三）」名城27・3＝4（1978）135以下がある。土地と建物とは別個の不動産であることが決定されたのは、民法起草過程における第2回民法整理会（明治27年12月21日）の採決による（前田泰「民法起草過程における「別段ノ定」等に関する議論の整理（上）——強行法・任意法の視点から——」群馬大学社会情報学部研究論集27（2020）122-124）が、その採決は土地と建物とを一体とみる起草者の考えに影響していないことがわかる後日談がある（前田・前掲124（注38））。

4) 委員会〔道垣内〕・前掲注（1）216。

5) 加賀山茂『現代民法 担保法』507-556頁以下（信山社、2009）。

6) 鎌田薫「第一部 担保法理の到達点（3）抵当権（その二）」椿寿夫編「担保法理の現状と課題」別冊NBL31・35（1995）、委員会〔道垣内〕・前掲注（1）215。

Ⅱ 自己借地権制度と借地借家法 15 条創設の経緯

1. 制限のない自己借地権制度創設の意義

法定地上権制度を廃止する立法案にあつては、法定地上権の代わりとなりうる制度として制限のない自己借地権制度の創設が必要となる。自己借地権は借地借家法 15 条に規定されているが、他の者と共に準共有する場合でなければ、設定することができないという制限が課されている。「他の者と共に有する」との制限をなくすことにより、自己借地権の自由な設定が可能になる。

しかし、そもそも、自己借地権を自由に設定できるようにした場合、わが国の現在の状況と同様、土地と地上建物とを別人所有にすることが容易にできることになり、欧米と同様の土地建物の一体化を目指すとしても、土地と地上建物の分断状態が多々生じ、一体化の意義が削がれるのではないだろうか。欧米では、土地と地上建物とが分断することは例外的なことであり、事案数として⁷⁾も少ない。制限のない自己借地権制度の創設は、欧米と同様の土地建物一体化の導入と逆行しているといえよう。

そのような状況下で、委員会が、あえて制限のない自己借地権制度の創設を望むのは、現在の法定地上権制度に致命的な欠陥があるからであり、制限のない自己借地権制度によってその欠陥を補う必要があるからである。本稿で取り上げる「委員会案」は、土地建物の一体化志向の一つの過程として抵当権設定の場面にのみ土地建物の一体化を図る立法案ではあるが、制限のない自己借地権を取り入れる意義は、法定地上権制度の欠陥是正のためにのみある。この点を以下の検討から確認する。

2. 借地借家法に自己借地権制度を創設した経緯からみる法定地上権制度の欠陥と自己借地権の機能

ここでは、借地借家法に自己借地権制度が創設された経緯から見えてくるであろう法定地上権制度の欠陥とそれを補完する自己借地権の機能がどのようなものであるかを取り上げる。

7) 稲本洋之助「借地・借家制度比較概要」稲本洋之助＝望月礼二郎＝広渡清吾＝内田勝一編著『借地・借家制度の比較研究』4頁以下（東京大学出版会、1987）。

借地法・借家法に自己借地権制度を設けることを含む改正は、かつて2度試みられていて、昭和34年（1959年）と平成元年（1989年）に改正要綱試案が出されていたが、自己借地権制度の創設が実現したのは後者の平成元年であった。しかし、それは他の者と共に準共有する場合にだけ認められるという制限された自己借地権であった。

（1）昭和34年借地借家法改正要綱試案

①改正が見送られた自己借地権

昭和34年の借地借家法改正要綱試案における借地借家法案要綱第1章借地権第24には、自己借地権が次のように定められていて、法定地上権制度を廃止することとされていた。⁸⁾すなわち、「土地所有者は、自己のためにも借地権を設定することができるものとする。この場合には、借地権の設定は、その登記によって効力を生ずるものとする。2 同一の土地につき所有権及び既登記の借地権が同一人に帰したときは、その借地権は、民法第179条第1項本文の規定にかかわらず、消滅しないものとする。3 土地所有者は、自己の有する借地権が他人の権利の目的である場合を除き、その借地権を消滅させることができるものとする。この場合には、借地権の消滅は、その登記によって効力を生ずるものとする」⁹⁾である。そして、これらは、借地借家法改正要綱にも同様に定められたが、自己借地権も含め、借地法および借家法の基本的な見直しは棚上げになった。自己借地権については、競売法・強制執行法の改正を待つという理由で、要綱からは落とされ、自己借地権の導入は見送られた。¹¹⁾しかし、当時においては、今後一番最初に手を付けるべきであり、現実におそらく最初に手がつくだろうと評されていた。¹²⁾

8) 借地借家法施行法案要綱第1章民法等の改廃第1に、「民法の一部を次のように改正すること。…第388条 削除…」と定められていた（宇都宮充夫「借地借家法にみる自己借地権について」中央学院6・2（1993）3-4）。

9) 宇都宮・前掲注（8）3-4。

10) 宇都宮・前掲注（8）4-5。

11) 委員会〔道垣内〕・前掲注（1）216。

12) 我妻榮＝川島一郎＝広瀬武文＝古山宏＝有泉亨＝星野英一「座談会 借地・借家法の改正 ― 借地・借家法案要綱から落とされた問題点 ―」〔星野英一発言〕ジュリ297・68（1964）、委員会〔道垣内〕・前掲注（1）216-217。

②自己借地権が必要とされる理由

この時に考えられていた自己借地権は、制限のないものを一般的に認める考え方である。なぜ制限のない自己借地権が考えられたかという、法定地上権制度に問題があったからである。すなわち、法定地上権制度のもとでは、基本的条件は抵当権の実行ないし法定地上権の成立の段階で当事者が相談し、相談がととのわなければ裁判所が決めることとされている（民 388 後段）ことから、競落人等の当事者は地代の額や法定地上権がどの範囲に成立するかなど、法定地上権に関する重要で基本的内容が事前に得られないという問題があった。¹³⁾土地と地上建物の一方のみに抵当権を設定する場合にはあらかじめ自己借地権が設定できるのであれば、抵当権実行後の地代をはじめ敷地利用権の内容が明確となり、当事者の予測可能性が解消されることになる。¹⁴⁾このように、土地と地上建物の一方のみに抵当権を設定する場合にはあらかじめ自己借地権を設定しなければならないとの規定になっているのであれば、法定地上権制度は不要となる。

しかし、自己借地権を設定せずに土地と地上建物の一方のみに抵当権を設定する場合もあり得ることから、法定地上権制度を存置し、競売によって法定地上権が生ずる場合には、競売裁判所がその範囲・地代額等を明確に決めたうえで競売する案も考えられていた。¹⁵⁾

3. 平成元年借地法・借家法改正要綱試案

平成元年の借地法・借家法改正要綱試案には第1部借地法関係第4自己借地権及び借地権の担保化の個所に「一 自己借地権 1 土地所有者は、自己のために借地権を設定することができるものとする。2 同一の土地につき所有権及び借地権が同一人に帰した場合においても、その借地権に登記があるときは、その借地権は、消滅しないものとする。3 土地所有者は、その土地に登

13) 我妻ほか〔川島一郎発言〕・前掲注（12）66、田山輝明＝澤野順彦＝野崎正充編『別冊法学セミナー no.230 新基本法コンメンタール借地借家法』〔小賀野晶一〕92頁（日本評論社、2014）、内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物権』514頁（東京大学出版会、第4版、2020）。

14) 我妻ほか〔川島〕・前掲注（12）67、宇都宮・前掲注（8）25。

15) 我妻ほか〔川島〕・前掲注（12）67。

記されている自己のための借地権を消滅させることができるものとする。ただし、その借地権が第三者の権利の目的である場合には、この限りでないものとする。4 1の借地権の設定は、公正証書によってしなければ、その効力を生じないものとする。また、1の借地権の設定又は3の借地権の消滅は、登記をすることにより効力を生ずるものとする。5 1ないし4は、改正法の施行後に設定された借地権についてのみ適用するものとする。(注) 法定地上権の制度(民法第388条、民事施行法第81条)の廃止及び一括競売の規定(民法第389条)の改正は、行わない¹⁶⁾と定められていた。

上記のように「借地法・借家法改正要綱試案」に「土地所有者は、自己のために自己借地権を設定することができるものとする」と規定されていたにもかかわらず、法定地上権制度の廃止等が行われないことと注記されたのは、「自己借地権を設定せずに土地のみに抵当権を付した場合に、すべて抵当権の実行により建物を取去されてよい意思であつたと解してよいかは問題であるとの指摘があつた¹⁷⁾」からである。それでも、「法定地上権問題の解決にある程度まで役立つ¹⁸⁾」と認識されていた。

しかし、自己借地権は、借地借家法15条1項に、「借地権を設定する場合においては、他の者と共に有することとなるときに限り、借地権設定者が自らその借地権を有することを妨げない」と規定され、例外的に認められるにとどまり、一般的な自己借地権は認められないことになった。「借地権つき分譲マンション問題の解決」だけが念頭に置かれることになり、法定地上権制度の問題解決は先送りされたのである¹⁹⁾。

Ⅲ 各種立法案の検討と是非

立法案としては、我妻榮博士が提唱する立法案²⁰⁾(以下、「我妻案」という)、

16) 宇都宮・前掲注(8)7-8。

17) 法務省民事局参事官室「『借地法・借家法改正試案』の説明」NBL421(1989)38-39。

18) 岩城謙二「自己借地権」ジュリ1006(1992)80。

19) 委員会〔道垣内〕・前掲注(1)217。

20) 我妻榮『新訂担保物権法(民法講義Ⅲ)』350-351頁(岩波書店、1968)。我妻榮博士は、土地所有者が自己のために地上権・賃借権を設定することが認められるとするならば、

委員会が提唱する立法案（以下、「委員会案」という²¹⁾）、松岡久和教授が提唱する立法案（以下、「松岡案」というが、これには①から⑦までである²²⁾）、滝川あおい氏が提唱する立法案（以下、滝川案）という²³⁾）、加賀山茂教授が提唱する立法

法定地上権は必要なくなるとする（我妻・前掲 350-351 頁）。そして立法案としては、①建物はその敷地の所有権ないし利用権と一緒にしなければ処分することができない、②建物のある土地は、建物のために利用権を保留せずには処分しえない、③同一所有者に属する土地と建物の差押え・競売は一括してなされ、所有者がそれを避けようとするれば、競売手続中に自己借地権を設定すればよい、を提案している（我妻・前掲 351 頁、田山ほか〔小賀野〕・前掲注（13）94 頁）。

「委員会案」はこの「我妻案」を土台にしている。

なお、共有不動産については、「土地についての権利者と建物についての権利者の一方または双方が複数である場合には、たといその中に同一人が混っていても、それぞれ一体となって土地利用関係の主体となると考えることがむしろ合理的である。持分の上の抵当権と法定地上権についての問題なども、右に述べた考えが徹底しておれば生じないはずのものである」（我妻・前掲 362-363 頁）とし、後述する共有不動産と法定地上権との関係につき、共有団の考え方を提示する「委員会案」と同様の考えを示している。

21) 委員会・前掲注（1）181 以下。

22) 松岡久和『担保物権法』152-155 頁（日本評論社、2017）。

23) 滝川あおい「3 自己借地権制度導入の視点」松井宏興＝岡本詔治＝牛尾洋也編『借地借家法の新展開』99 頁以下（信山社、2004）。「滝川案」は、法定地上権の成立する類型および地上建物が一括競売の対象となる類型について、建物の存続保護のために自己借地権の設定を活用するものである。法定地上権の成立する類型においては法定地上権の代わりに設定され、地上建物が一括競売の対象となる類型においては地上建物が一括競売される代わりに自己借地権の設定によって建物の存続保護を図るものである。また、自己借地権の設定は義務ではないことから、設定しない場合には、法定地上権によって建物の存続保護を図るものである（滝川・前掲 134-135 頁）。したがって、自己借地権の設定がなされる可能性はあるものの、それ以外の点で、現行法との差異はない。

自己借地権の設定が法定地上権の成立の場合よりも優れているのは、地代や成立する範囲などの契約内容が登記される点で明示性があり、競落人の予測可能性が高まる点である。しかし、地上建物が一括競売の対象となる類型にあっては、自己借地権の設定は土地抵当権者の配当をかなりの程度減ずるという不利益を生ずることになるから、抵当権者は、債務者あるいは物上保証人である設定者による自己借地権の設定をさせないであろうし、設定をしようとした場合には、融資を断るなどの抵抗をするのではないだろうか。設定者は抵当権者よりも力関係で劣ることから、そのような抵抗に反してまで自己借地権を設定することはないであろう。

また、土地と地上建物に共同抵当の設定を受ける場合でも、抵当権者は、わざわざ土地抵当権の配当で不利になる可能性のある自己借地権の設定をさせないのではないだろう

案（以下、「加賀山案」という）があるが、本稿では、自己借地権制度を十分に機能させることにより、法定地上権制度をなくすものとしている「委員会案」、²⁴⁾「松岡案③」および「松岡案④」²⁵⁾の3案について検討する。²⁶⁾

このように、自己借地権の設定を任意としたならば、土地抵当権のほとんどの事案で自己借地権は設定されないであろう。「滝川案」を有意義なものとするためには、自己借地権の設定において、ある程度の義務化が必要となろう。たとえば、土地抵当権設定にあつては事前に自己借地権を設定しなければならない、といった規定を設けるなどである。

24) 加賀山・前掲注（5）507-556頁。「加賀山案」は、自己借地権をも認めているが、現行の法定地上権制度の解釈を建物保護に重点を置くことにより、いずれの類型についても建物保護の目的を達しうるものとなっている。自己借地権制度は建物保護においてその必要性は何らなく、ただ単に一般的に建物利用において役立つのではないかという程度の認識で認めているにすぎない。なお、この説は、自己借地権の合理性、法定地上権の解釈論上の問題点（複雑性、当事者の予測可能性等を指摘）、法定地上権（法定賃借権）の必要性について検討し、法定地上権と自己借地権との両立を解くものと評されている（田山ほか〔小賀野〕・前掲注（13）94頁）。

25) 法定地上権制度が抱える問題点を解決する立法案としては、①制限のない自己借地権制度の導入、②一括競売制度の拡張、③土地建物の一体的処分の原則の導入、があるとされている（滝川・前掲注（23）103頁）。②については次の立法案が提唱されている。すなわち、田中克志「土地・建物の一体化と法定地上権・一括競売制度」法政研究（静岡大学）2・3＝4（1998）51-52〔土地と地上建物の一体化である共同抵当を原則形態と位置づけ、一括競売を土地と地上建物の一体化を図る手段とし、その義務性を説く。土地・地上建物の共同抵当においては、両者を一体として取り扱った抵当権者がいずれか一方の抵当権のみを実行したとしても建物について法定地上権は成立しないし、建物を取り壊され、再築された場合にも、再築建物について法定地上権は成立しない。再築建物について、民法389条の類推適用により、これを抵当権者が一括競売を義務づけられると解釈すべき]、松本恒雄「法定地上権制度の改正提案」ジュリ1218（2002）112以下〔一括競売を選択しない場合には、土地抵当権者は法定地上権を負担する]、吉田光碩「法定地上権に関する立法提言」ジュリ1218（2002）119〔一括競売を義務化する。法定地上権の成立は同一所有者の土地・建物の一方に抵当権を設定した場合に限定される。よって、土地・建物共同抵当の場合には、法定地上権は成立しないから、抵当権は一括競売を強制される]、である。いずれも一括競売制度の適用場面が生ずる類型のみを検討すればよく、本稿で設定したすべての類型を検討する必要はないことから、本稿では②については検討しないものとしている。

②の立法案が自己借地権を容認しない理由としては、土地建物共同抵当の場合に自己借地権の設定を求めることは技巧的すぎる（松本・前掲114）、法律が予定しても土地所有者が自分で借地権の設定を行う場合、内容の公正さが問題となる（吉田・前掲118）、

「委員会案」は、「Ⅰ はじめに」で述べたとおり、法定地上権制度は民法 388 条のわずか 1 か条しかなく、さまざま複雑な類型をこの条文を頼りに判断せざるを得ないといった予測の立たない状態を改善するだけではなく、欧米と同様の土地建物の一体化を志向する、その過程の途中段階として、土地抵当権が地上建物にその効力を及ぼすという拡張的機能を規定する点で、他の立法案に比し、特異性を有していることから、検討の必要がある。「松岡案」にはそのようなビジョンはなく、単に法定地上権制度の欠点を解消するための立法案である。

以上より、本文に挙げた以外の立法案もあると思われるが、検討するに有益であると思われる立法案については別稿にて検討するものとする。

欧米と同様の土地建物の一体化を志向する上で、制限のない自己借地権制度を導入することにより、土地と地上建物とが分断されることになる（自己借地権を認めることで所有者の意向で土地建物が一体となったり、別々になったりすることを認めることになる（内田貴＝大村敦志＝角紀代恵＝道垣内弘人＝中田裕康＝安永正昭＝山本和彦「特別座談会 担保法の改正に向けて（下）」〔角紀代恵発言〕ジュリ 1214（2001）42）、が挙げられている。

26)「松岡案①」は、土地と建物を別個の不動産とする点を改め、建物をその他の土地の定着物と同様に原則として土地の一部とする改正である。この案は、土地と地上建物とを別個の不動産とする我が国の法制度とは全く異なり、実現には相当の期間とかなりの範囲における改正と変更が必要となることから、現時点では実現は検討した立法案の中で最も難しいものと思われる。この点は松岡教授も指摘しているとおりでである（松岡・前掲注（22）153 頁）。

「松岡案②」は、土地と建物が別個の不動産であるという制度を維持し、それらの上の権利が同一人に帰属するときには、原則として一体として処分しなければならない、というものである。

「松岡案⑤」は、案②に案③を加えたものであり、本稿が取り上げる後述の類型（27 類型）に適用した場合であっても、「松岡案③」よりは土地と地上建物の一体性は若干図られるものの、「松岡案③」とほとんど同じ効果を得ることができるにすぎない。

「松岡案⑥」は、案②に案④を加えたものであるが、「松岡案④」よりは土地と地上建物の一体性は若干図られるものの、効果としては、「松岡案④」とほとんど同じである。

「松岡案⑦」は案②に案③と案④を加えたものであるが、「松岡案⑤」「松岡案⑥」とほぼ同じ効果となる。

なお、「松岡案③」および「松岡案④」の内容は、「2. 「松岡案」」に記載。

— 各立法案 —

1. 「委員会案」²⁷⁾

土地建物が同一所有者に帰属する場合には、建物だけを抵当権の目的となし得ないという原則として下記の各条項を提案している。そして、これは土地建物を一体化して捉える欧米の制度に近いものの、土地建物を別個の不動産とする日本法の伝統は維持しているとする。このような発想の転換の結果、数々の解釈論上の難問を生み出してきた法定地上権制度は不要となる²⁸⁾とする。ここでは関連する立法条文を取り上げる。

〈立法案〉

(抵当権の効力の及ぶ範囲)

第 370 条①土地の抵当権は、その土地の所有者が所有する地上の建物に及ぶ。

土地の所有者が所有する地上の建物は、土地とともにするのでなければ抵当権の目的とすることができない。ただし、その土地について地上権又は賃借権の設定があるときは、この限りでない。

(民法第 370 条の適用除外)

建物区分所有法第 24 条の 2 第 22 条第 1 項本文の場合には、民法第 370 条の規定は、専有部分とその専有部分に係る敷地所有権には適用しない。

(土地の抵当権)

不動産登記法 88 条の 2 (「委員会案」では条文番号が「不動産登記法第 117 条ノ 2」となっているが、現行法でいえば不動産登記法 88 条の 2 ということになろう) 土地に抵当権の設定の登記を行ったときは、その土地の所有者が所有する地上の建物の登記記録中相当区事項欄に当該土地の表示をしその土地に抵当権が設定されている旨を記載することを要する。

(土地の差押えの効力)

民事執行法第 46 条の 2 ①土地の差押えの効力は、その土地の所有者が所有する地上の建物に及ぶ。

②土地の所有者が所有する地上の建物は、土地とともにするのでなければ、差

27) 委員会・前掲注 (1) 181 以下。

28) 委員会〔内田〕・前掲注 (1) 184。

し押さえることができない。

- ③前2項の規定は、その土地について地上権又は賃借権（第59条第2項に定めるものを除く。）の登記があるときは、適用しない。

（土地の差押え時の建物に係る登記嘱託）

民事執行法第48条の2①土地について強制競売の開始決定がされたときは、裁判所書記官は、直ちに、その土地の所有者が有する地上の建物についても、その開始決定に係る差押えの登記を嘱託しなければならない。ただし、第46条の2第3項に規定する場合は、この限りでない。

（一括売却）

民事執行法第61条①（略）

- ②第46条の2第1項に規定する場合においては、執行裁判所は、その土地と建物を一括して売却することを定めなければならない。

（超過売却となる場合の措置）

民事執行法第73条①数個の不動産を売却した場合において、あるものの買受けの申出の額で各債権者の債権及び執行費用の全部を弁済することができる見込みがあるときは、執行裁判所は、他の不動産についての売却許可決定を留保しなければならない。ただし、その不動産が土地と地上の建物であり、かつ、その土地と建物の所有者が同一人であるときは、この限りでない。

第388条【法定地上権】 削除（ただし、借地借家法15条を、次のように改正する）

（自己借地権）

借地借家法第15条①土地所有者は、自己のために借地権を設定することができる。

- ②同一の土地につき所有権及び借地権が同一人に帰した場合においても、その借地権に登記があるときは、その借地権は、消滅しない。

- ③土地所有者は、その土地に設定されている自己のための借地権を消滅させることができる。ただし、その借地権が第三者の権利の目的である場合は、この限りでない。

- ④第1項の借地権の設定は、公正証書によってしなければ、その効力を生じない。また、第1項の借地権の設定又は第3項の借地権の消滅は、登記をする

ことによりその効力を生ずる。

民事執行法第 81 条 削除

民事執行法第 62 条 1 項第 3 号 削除（「委員会案」では「民事執行法第 62 条第 3 号 削除」となっている）

（抵当地上の建物の競売）

第 389 条①抵当権の目的である土地又は建物の差押え、仮差押え又は仮処分は、第 370 条の規定によって抵当権の及ぶ物又は権利に及ぶ。

②土地に設定された抵当権が及んでいる建物については、土地とともにするのでなければ、差押え、仮差押え又は仮処分の目的とすることはできない。抵当権の効力の及ぶ物又は権利についても同様とする。

〈趣旨〉

西欧諸国のように建物が土地に付合する制度は長期的には不可能ではないにしても、わが国では土地と建物とを別個の不動産であるとする前提で登記制度をはじめ諸制度が組み立てられていることから、短・中期的には不可能である。そこで、試案民法 370 条 1 項前段の規定を置いた。²⁹⁾

試案不動産登記法第 88 条の 2 は、実体法上の権利関係を登記に反映させるための規定であり、建物の登記記録を閲覧するだけで拡張的効力の存在を知えることになる。なお、建物の登記記録になされる土地抵当権の登記は対抗要件としての意味は持たない。土地抵当権の地上建物への拡張的効力の対抗要件はあくまでも土地登記記録への土地抵当権の設定登記ということになろう。

自己借地権の設定は単独行為であり、かつ、登記が効力要件であり、さらに真正性を担保させるために公正証書によることにした。³⁰⁾

賃料については、土地または建物の譲渡があり、他者間の借地契約となることを停止条件として定めることになり、不適切な場合は、新所有者が賃料増減額請求権（借地 11 条）を行使することになる。期間は、その定めがあっても、他者間の借地契約となった時から起算することになる。³¹⁾

29) 委員会〔大村敦志＝角紀代恵〕・前掲注（1）198。委員会では、これを土地抵当権の「建物への拡張的効力」と呼んでいる。

30) 委員会〔道垣内〕・前掲注（1）218。

31) 委員会〔道垣内〕・前掲注（1）219。

土地抵当権の効力が抵当土地所有者の所有にかかる建物に及ぶことにすると、平成15年改正前の民法389条（一括競売）の制度は不要となるとする。そして、試案389条にあるように、370条1項と関連付けると土地抵当権設定後に築造された第三者所有建物については土地とともに競売しえるということにはならない。第三者所有建物まで競売対象とすることには、憲法上の疑念を払拭できな³²⁾いとする。

試案民事執行法第46条の2は、強制競売についても抵当権実行と同様の規律（土地の差押えの効力を建物にも及ぼし、建物の単独差押えを認めないという規律）が必要であるとの認識に立つものである。このような規定を置かず、土地の差押えの効力が建物に及ばないとすれば、強制競売との関係では法定地上権制度を残存させなければならなくなる。民法370条および389条の試案に基づ³³⁾く改正だけではなく、確實そして明確に土地の差押えの効力を建物にも及ぼすこととするためには、民事執行法にも規定をすることが望ましいものと考えられ³⁴⁾た。この点は自己地上権・自己賃借権の創設を主張する「我妻案」を実現している。

ところで、「委員会案」では、土地と建物とに持分を有する者が自己借地権を設定するのでなければ団として考えることも示している。すなわち、土地と建物とが完全に同じ状態（同一人、同一持分割合）で共有されているときは、双方が同一人に所有されているとして扱い、土地と建物との所有関係に少しでも違いがあるときには、土地所有者（団）と建物所有者（団）との間に、建物所有のために何らかの合意がなされる必要があり、これをもって通常の場合における約定利用権³⁵⁾に対応するものとして扱うのである。したがって、土地と地上

32) 委員会〔道垣内〕・前掲注（1）220。この点についてはその後の民法改正により389条は第三者所有建物であってもその土地利用権が抵当権に対抗できない場合には一括競売の対象となることに改正されたことから、委員会案も改正条文を前提とするならば、第三者所有建物であっても競売対象になし得るものと変更される可能性はありえる。

33) 委員会〔山本和彦〕・前掲注（1）248。

34) 委員会〔山本〕・前掲注（1）249。

35) 委員会〔道垣内〕・前掲注（1）219。同様の考えは、我妻博士も示している点は前述したとおりであり（我妻・前掲注（20）362-363頁）、内田・前掲注（13）526頁にも示されている。池田真朗＝吉本良一＝松本恒雄＝高橋眞著『マルチラテラル民法』62頁〔松

建物とで完全に同じ状態で共有されていない共有不動産類型に「委員会案」を適用するにあつては、試案 370 条 1 項は適用されないことになる。

2. 「松岡案」³⁶⁾

「松岡案③」：建物とその敷地の両方を所有する者に自己借地権（地上権または賃借権）の設定と登記を認め、自己借地権を設定してからでなければ、土地または建物の一方のみに³⁷⁾ 抵当権を設定できない。借地権の存在と内容を登記によって公示する。それによりすべての利害関係人にとって価値評価（土地抵当権は底地評価、建物抵当権は建物価格および敷地利用権価格の評価）が保障され、予測可能性が高まり、取引の安定に資する。また、借地権は所有者がその内容を自ら決定でき、登記により安定した対抗力を備える。これは法定地上権制度の廃止が視野に入っている。

「松岡案④」：抵当権設定時に土地上に建物が存在していれば、自己借地権がその直前に成立するものとし、その借地権の内容を通常行われているものとするように法定するか、借地非訟事件手続により一定の範囲内でその条件を確定する。この場合の自己借地権は、地上建物の借地人名義での登記によって対抗要件が具備されることになる（借借 10 I）。なお、「松岡案③」と同様、法定地上権制度の廃止が視野に入っている。

—各類型と検討—

各立法案の比較検討にあつては、現行の法定地上権制度における判例の判断を実現できているかどうかを見ていくことにする。それというのも、法定地上権制度は、現在では、判例によって、比較的安定した解釈論が確立されており、問題が減少していると指摘されていることは前述したとおりである。³⁸⁾ 立法案が現行の法定地上権制度におけるすべての判例の判断を実現するものであり、さ

本恒雄]（有斐閣、2002）は、これを一体契約的アプローチと呼ぶ。

36) 松岡・前掲注（22）152-155 頁。

37) 「松岡案③」では、自己借地権を設定してからでなければ、土地または建物の一方のみに抵当権を設定できないとあるが、自己借地権には地上権と土地賃借権が含まれるわけであり、それを地上権のみに限定する、すなわち、自己地上権を設定してからでなければ土地または建物の一方のみに抵当権を設定できないとする立法案も提案されている（鈴木祿弥『物権法講義』267 頁（創文社、五訂版、2007））。

38) 委員会〔道垣内〕・前掲注（1）215。

らに制度が抱える問題点を解決できているのであれば、その立法案を採用し、改正するのが妥当ということになろう。そうではなく、単に現行の法定地上権制度と同様の内容を実現するにすぎない場合、すなわち、現状抱える問題点を解決するものではなく、単に現行の法定地上権制度におけると同様の効果を得られる立法案に置き換えられたにすぎないものである場合には、立法による新しい法的構成を実務的に適正に機能させるためにある程度の時間を必要とするし、適正に機能するまでの間、実務に混乱を来す可能性も大いにありえる。同じ法律効果の実現を図るためだけに不当な混乱をもたらすこのような改正は不要であるといえよう。そうであるならば、あえて改正する必要はないという結論もあり得るところである。

比較検討にあたっては、法定地上権に関する判例が提示するすべての類型を検討する必要があるが、それは、さまざまなテキストに一般に記載されている類型とし、それに加賀山教授³⁹⁾がその著書において取り上げている類型を補足するものとする。

ところで、法定地上権成立要件としては、抵当権設定当時、土地の上に建物が存すること（要件1）、抵当権設定当時、土地と地上建物とが同一所有者に帰属すること（要件2）、競売の結果、土地と地上建物とが別個の所有者の所有に帰すること（要件3）である。要件1および2を充足しさえすれば法定地上権は潜在化し、抵当権者にとってもっとも関心のある、競売における配当にあっては、法定地上権が成立したものとして配当がなされる。すなわち、土地抵当権者には法定地上権負担付きでの配当であり、建物抵当権者には法定地上権付

39) 加賀山・前掲注（5）524頁表70。なお、加賀山教授が一覧表に記載している事案のうち、「抵当権設定時に同一所有者型」で、「登記名義同一人、実質別人」のうちの「抵当物件の名義同一人」類型については検討しないものとする。この類型は、実質別人の所有でありながら、土地および地上建物の登記名義が同一人であり、土地もしくは地上建物に抵当権の設定登記をする事案である。所有者が登記名義人とは別人でありながら、当該別人が抵当権を有効に設定登記することを事案として想定できないことから、検討事案から外すものとした。

また、「抵当権実行時に同一所有者型」で、「登記名義別人、実質同一人」のうちの「抵当物件の名義前主」類型についても検討しないものとする。前主名義でありながら、抵当権が有効に設定登記されることが事案として想定できないからである。

きの配当ということになる。そのため、法定地上権の成否に疑義の生ずる事案に対する判例の判断は要件1および2に集中している。よって、検討すべきは要件1および2につき判例が判断をした類型ということになる（判例は存在しないが、合理的に考えられる類型についても検討する）。

1. 検 討

(1) 基本形

基本形は、要件1及び2を充足する基本的な類型である。したがって、現行法においては法定地上権が成立する類型である。

① 地上建物だけに抵当権が設定された場合（土地および地上建物の所有者はAで単独所有、建物抵当権者はB）（A－1類型）

「委員会案」：土地の所有者が所有する地上建物は、土地とともにするのでなければ抵当権の目的とすることができない（試案370 I 2文）。しかし、建物のみに抵当権が設定されているということは、その土地について自己借地権が設定されているということになる（試案借借15 I）。すでに自己借地権の設定登記がされているとするならば、建物抵当権が実行され、Cが競落すると、自己借地権は他者間の借地権となり、停止条件が成就して地代の支払義務が発生することになる。

「松岡案③」：地上建物のみに抵当権が設定されたということは、自己借地権が設定登記されているということになる。

「松岡案④」：建物抵当権設定の直前に自己借地権が法定されている類型ということになる。

② 土地だけに抵当権が設定された場合（土地および地上建物の所有者はAで単独所有、土地抵当権者はB）（A－2類型）

「委員会案」：試案民法370条1項1文により、土地の抵当権は、その土地の所有者が所有する地上建物に及んでいるはずであり、その旨は地上建物の登記記録中の相当区事項欄に当該土地の表示がされ、その土地に抵当権が設定されている旨が記載されているはずである。

しかし、試案不動産登記法88条の2の規定は、地上建物の登記記録中相当区事項欄への土地抵当権が設定されている旨の記載を登記官が職権で行う旨の規定ではないことから、建物登記記録に記載がされていない場合もあり得る。そ

うではあっても実体法たる試案民法 370 条 1 項 1 文が適用されることから、土地の抵当権の効力は地上建物に及んでいることに違いはない。現行法においては、法定地上権が成立することになるが、「委員会案」にあつてはそうはならず、土地とともに地上建物をも競売することになる。ただし、地上建物に土地抵当権の効力が及んでおり、土地とともに競売されたとしても、かならず土地と地上建物とを同一人が買い受けなければならないとの規定がない以上、可能性としてはかなり低いものの、それぞれ別の者による所有となることもありえる。その場合には建物が取去されてしまう可能性が出てくることになる。そのような場合にあっては、建物を保護するためとして法定地上権のような制度が必要となろう。

なお、自己借地権が設定登記されている場合には、土地抵当権の効力は地上建物には及ばない（試案民 370 I 但）。

「松岡案③」：土地だけに抵当権が設定されているということは、地上建物のために自己借地権が設定登記されているということになる。

「松岡案④」：土地抵当権設定の直前に自己借地権が成立している類型ということになる。

(2) 抵当権設定当時、土地の上に建物が存すること（現行民法における法定地上権成立要件 1）関連類型

① 更地に 1 番抵当権が設定された後に建物が建築され、その後土地に 2 番抵当権が設定され、2 番抵当権により競売された場合（B－1 類型）

「現行法」：この事案は、1 番抵当権設定時には法定地上権成立要件を満たしていないが、2 番抵当権設定時にはそれを満たしている類型である。1 番抵当権設定時で要件具備を判断することから、法定地上権は成立しないことになる（大判昭 11・12・15 民集 15・2212、最一小判昭 44・2・27 判時 552・45、最一小判昭 47・11・2 判時 690・42）。

「委員会案」：土地抵当権は後に建築された地上建物にその効力を及ぼすことになる（試案民 370 I 1 文）。

「松岡案③」：土地にのみ 2 番抵当権が設定されたということは、更地に 1 番抵当権が設定された後に建築された地上建物のために自己借地権が設定登記されたということであるが、当該自己借地権は 1 番抵当権には対抗できない。抵

当権の実行にあつては地上建物は一括競売の対象となる（民 389 I）。

「松岡案④」：2 番抵当権設定直前に自己借地権が成立するが、当該自己借地権は 1 番抵当権に対抗できない。よつて、「松岡案③」と同様になる。

② 建物の建築が開始され、土地抵当権者が法定地上権は成立したものととして土地抵当権の評価の基礎とした場合（B－2 類型）

「現行法」：建築着手により建物の建築されることが外形上明白となつており、しかも土地抵当権者が建物の存在を前提として担保評価をしていることから、法定地上権の成立は容認される（最二小判昭 36・2・10 民集 15・2・219（傍論））。

「委員会案」：土地抵当権者がどのように担保評価をしようとも、土地抵当権の効力は建築された地上建物に及ぶ（試案民 370 I 1 文）。

「松岡案③」：この類型のように土地にのみ抵当権が設定される場合がありうる。抵当権の実行により建築された地上建物は一括競売（民 389 I）の対象になる。自己借地権が利用されない類型である。

「松岡案④」：この類型で土地抵当権者がどのように担保評価をしようとも抵当権設定にあつて自己借地権は成立しない。「松岡案③」と同様の効果になる。

③ 地上建物の再築の場合

抵当権が設定されている土地上の建物を取り壊され、新建物が再築された場合である。この類型には次の 2 類型がある。

A. 再築された建物が旧建物と同一性を有している場合（B－3 類型）

「現行法」：旧建物を基準として法定地上権が成立する（大判昭 10・8・10 民集 14・1549）。また、新建物が堅固のものであつても、抵当権者が堅固建物が再築されることを予定して担保価値を算定していた場合には、新建物を基準として法定地上権が発生する（最三小判昭 52・10・11 民集 31・6・785）。ただし、この区分は借地借家法（新法）施行前の旧法の適用される事案において意味があり、新法適用事案にあつては意味がない。

「委員会案」：土地所有者と同一人が建物を再築した場合には土地抵当権の効力が当該建物に及ぶことになる（試案民 370 I 1 文）。

「松岡案③」：地上建物を取り壊される前は、土地のみに抵当権が設定されていることから、自己借地権が設定登記されている事案である。地上建物が取壊

され、再築されても土地抵当権の実行にあっては自己借地権負担付として底地価格での配当になる。

「松岡案④」：地上建物が取り壊される前は、土地抵当権設定において地上建物が存することから、自己借地権が法定されている事案である。その後、地上建物が取壊され、再築されても土地抵当権の実行にあっては自己借地権負担付として底地価格での配当になる（「松岡案③」と同じ）。

B. 建物滅失後に抵当土地を第三者に賃貸し、第三者が建物を再築した場合（土地抵当権者は再築建物に抵当権の設定を受けない）（B－4類型）

「現行法」：抵当権設定者である土地所有者が妻（第三者）に家屋を再築させ、自らも妻とともに当該家屋に居住する事案で、法定地上権の成立が認められている（大判昭13・5・25民集17・1100）。

「委員会案」：現行法では法定地上権の成立を肯定し、地上建物が保護されるのに対し、「委員会案」では、第三者が土地利用権を設定した上で、建物を再築した場合、当該土地利用権は土地抵当権に対抗できない。本来であれば、一括競売の対象となるが、「委員会案」では、第三者所有建物まで競売対象とすることは、憲法上の疑念があり、そのような一括競売は認め得ないとしている。よって、現行法とは異なり、当該第三者は建物を取去し、土地を明渡すことになってしまう（現行法では、地上建物たる第三者所有建物をも一括競売の対象としうる（民389I））。

「松岡案③」：地上建物が取り壊される前は、土地のみに抵当権が設定されていることから、自己借地権が設定登記されている類型である（その後さらに第三者のために土地賃借権を設定する必要はないし、設定したとしても土地抵当権者には対抗できない。したがって、第三者は土地抵当権者に対抗できる当初自己借地権であった土地利用権を土地抵当権者に主張することになるであろう）。地上建物が取壊され、第三者が再築しても土地抵当権の実行にあっては当該第三者が承継取得した借地権の負担付として底地価格での配当になる。

40) 委員会〔道垣内〕・前掲注（1）220。この点については、一括競売の規定が第三者所有建物であってもその対象となる旨に改正されたことから、改正前に出された委員会案が第三者所有建物をも一括競売の対象とする方向に修正される可能性があることは脚注（32）で述べているところである。

「松岡案④」：地上建物が取り壊される前は、土地抵当権設定時において地上建物が存することから、自己借地権が法定されている類型である。第三者は（当初自己借地権であった）借地権付きの再築建物を所有することになる（「松岡案③」と同じ）。

④ 土地および地上建物に共同抵当が設定され、建物が再築された場合
A. 再築建物に土地抵当権と同一順位の抵当権が設定されなかった場合（B－5類型）

「現行法」：「所有者が土地及び地上建物に共同抵当権を設定した後、右建物が取り壊され、右土地上に新たに建物が建築された場合には、新建物の所有者が土地の所有者と同一であり、かつ、新建物が建築された時点での土地の抵当権者が新建物について土地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けたとき等特段の事情のない限り、新建物のために法定地上権は成立しないと解するのが相当である」とする。その理由として、「土地及び地上建物に共同抵当権が設定された場合、抵当権者は土地及び建物全体の担保価値を把握しているから、抵当権の設定された建物が存続する限りは当該建物のために法定地上権が成立することを許容するが、建物が取り壊されたときは土地について法定地上権の制約のない更地としての担保価値を把握しようとするのが、抵当権設定当事者の合理的意思」であるとする。この抵当権設定当事者の合理的意思は建物保護という公益的要請よりも重視される（最三小判平9・2・14民集51・2・375）とする。

「委員会案」：土地抵当権の効力が再築建物に及ぶ。第三者が再築した場合には、当該第三者の有する土地利用権は土地抵当権に対抗できず、当該第三者は建物取去・土地明渡しを余儀なくされる。⁴¹⁾ところで、「委員会案」では、建物にも抵当権の設定を受け、土地抵当権との共同抵当としなくても、土地抵当権の設定を受けただけで抵当権の設定のない地上建物との共同抵当が成立することになる（試案民370 I 1文）。

「松岡案③」：この類型では土地のみに抵当権が設定されている状態となる。土地抵当権の効力は再築建物には及ばないが、一括競売の対象にはなり得る（民

41) 委員会〔道垣内〕・前掲注（1）218。

389)。このとき、配当は更地価格を前提とした土地価格のみからということになる。もちろん再築建物に土地抵当権者が抵当権の設定を受けた場合はいずれの抵当権をも実行できる。建物抵当権を実行した場合は、地上建物からも配当を得ることになる。

「松岡案④」：当初、土地抵当権設定時に地上建物が存したことから、自己借地権が法定される。再築建物は自己借地権付となる。この類型では、「松岡案③」とは異なる結果となる。

B. 再築建物に抵当権が設定される前に優先債権が存在する場合（B－6類型）

「現行法」：この類型は、当初、土地と旧建物に共同抵当権が設定されていたが、地上建物が取壊され、新建物が建築されたものである。新建物に土地抵当権者のために第1順位の抵当権が設定され、土地抵当権との共同抵当とされたが、新建物に第1順位の抵当権が設定される前に租税債権（優先債権）が存在する事案である。判例は、「新建物の所有者が土地の所有者と同一であり、かつ、新建物が建築された時点での土地の抵当権者が新建物について土地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けた場合であっても、新建物に設定された抵当権の被担保債権に法律上優先する債権が存在するとき」は、前掲最三小判平9・2・14の示す特段の事情がある場合には当たらないとし、「新建物のために法定地上権が成立しないものと解」している（最一小判平9・6・5民集51・5・2116）。

「委員会案」：土地の所有者が所有する地上建物は、土地とともにするのでなければ、差押えができない（試案民執46の2Ⅱ）。租税債権における差押えも同様であり、土地とともに再築建物も差押えをすることになる。この場合、先順位の土地抵当権の建物への拡張的効力により、土地のみならず、建物についても先順位の土地抵当権が租税債権に優先することになる。この点は、現行法よりもかなり有利となる。

「松岡案③」：土地については土地抵当権が租税債権に優先し（更地価格を前提とした配当）、再築建物については租税債権が建物抵当権に優先する（建物価格のみを前提とした配当）。

「松岡案④」：当初、土地抵当権設定時に地上建物が存したことから、自己借地権が法定される。再築建物は自己借地権付となる。なお、土地については土

地抵当権が租税債権に優先し、建物については租税債権が建物抵当権に優先する。この類型では、「松岡案③」とは異なる結果となる。

(3) 抵当権設定当時、土地と地上建物とが同一所有者に帰属すること（現行民法における法定地上権成立要件2）関連類型

① 親族間で土地・建物を別々に所有する場合（土地に抵当権の設定あり）（C－1 類型）

「現行法」：土地が親名義、地上建物が子名義の場合など土地とその地上建物の所有名義人が異なっているが、その名義人同士は親族関係にある。現行法においては同一所有者が所有するものとは捉えていないようであり（東京高決昭31・7・13 下民集7・7・1837）、法定地上権は成立しない。

「委員会案」：親子間等においては、子が親から使用貸借等により土地を借り、地上建物を建築する人が多いであろう。このとき、土地に抵当権の設定を受けても、土地抵当権の効力は子の所有する地上建物には及ばない（試案民370 I 1 文）。土地が譲渡されてしまうと、使用借権付建物は取去・土地明渡しを余儀なくされる可能性がある。この点は現行法も同様である。

「松岡案③」：土地抵当権設定時において土地と地上建物の所有者が異なることから、土地抵当権を実行しても地上建物は一緒に競売されることはない。このときの配当は約定利用権負担付きでのものとなる。もちろん土地に設定された約定利用権が土地抵当権に対抗できない場合は、一括競売の対象になる（民389）。

「松岡案④」：「松岡案③」と同様となる。

② 仮登記型

A. 土地に仮登記があり、その後地上建物に抵当権が設定された場合（C－2－1 類型）

「現行法」：この類型は、土地および地上建物の所有者Aが土地につきCと売買予約をし、Cのために所有権移転請求権保全の仮登記をした後、地上建物にBのために抵当権を設定登記したものである。最二小判昭41・1・21 民集20・1・42 によれば、当該地上建物の競落人Dは法定地上権を取得するが、当該仮登記に基づいて所有権移転の本登記を経たCに対しては、当該法定地上権をもって対抗できず、Dは競落した建物を取去し土地を明渡さなければならなくなる。

法定地上権の要件具備が本登記になることによって覆される。本登記の対抗力は遡及するとの考えに立っているともいえよう。しかし、前掲最二小判昭41・1・21事案におけるCの仮登記は担保仮登記であるから、Dは仮登記担保契約に関する法律（以下、仮登記担保法という）10条による法定賃借権を取得することになる。

これに対し、競売による売却前にCが本登記をした場合、建物所有者AはCとの間で約定利用権を設定するであろうから、Dは約定利用権付建物を取得することになると解されている。⁴²⁾ 約定利用権の設定がなされない場合は、Dは建物取去・土地明渡しを余儀なくされる場合があり得るが、Aは約定利用権の設定を拒否するようなCとの売買予約はしないであろうし、建物抵当権者Bも約定利用権の設定もなされない可能性のある建物に抵当権の設定をすることを望まないであろう。

担保仮登記の場合は、DはAが取得した法定賃借権を引き継ぐことになろう。「委員会案」：「委員会案」の下であっても、土地および地上建物の所有者Aが土地につきCと売買予約をし、Cのために所有権移転請求権保全の仮登記をすることはできよう。しかし、仮登記がなされていても土地と地上建物の所有者が同一人であるから地上建物のみに抵当権を設定することはできない（試案民370 I 1文）。設定する場合は、自己借地権の設定登記をすることが必要となろう。

「松岡案③」：地上建物にのみ抵当権を設定する場合は、自己借地権が設定登記されていることになる。仮登記が自己借地権の設定登記よりも前になされた場合は、後に本登記がなされると当該自己借地権をCに対抗できなくなるが、Cの仮登記が担保仮登記の場合は、Dは法定賃借権を取得できる。このとき、建物抵当権の実行よりもCの本登記が先になされた場合は、AもしくはDは約定利用権もしくは法定賃借権を取得する。

以上、いずれの場合も、自己借地権の設定登記が仮登記よりも先になされている場合は、AもしくはDは自己借地権をもってCに対抗でき、担保仮登記の場合は法定賃借権も取得することからいずれか一方を主張できる。

「松岡案④」：自己借地権は法定されるが、それは土地の仮登記後となる。競

42) 近江幸治『民法講義Ⅲ 担保物権』198頁（成文堂、第三版、2020）。

落人Dは、承継した自己借地権を本登記をしたCに対抗できない。しかし、担保仮登記の場合は、Dは法定賃借権を取得する。本登記が競売よりも先の場合は、AもしくはDは（建物所有者AがCと設定契約をした）約定利用権または法定賃借権を取得することになる。

B. 建物に仮登記があり、その後土地に抵当権が設定された場合（C—2—2 類型）

「現行法」：この類型は、土地および地上建物の所有者Aが地上建物につきCと売買予約をし、Cのために所有権移転請求権保全の仮登記をした後、土地にBのために抵当権を設定登記したものである。仮登記時に仮登記権者CはAとの間で建物所有権取得を停止条件とする約定利用権の設定をし、仮登記しておくことが通常である。⁴³⁾ 抵当権が実行され、土地の競落人がDになった場合、地上建物所有者のために法定地上権が成立する。その後にCが本登記をすると、Cは、この法定地上権を主張するか、仮登記設定時に予約した約定利用権を主張することになる。⁴⁴⁾ 以上の結論は仮登記が仮登記担保であろうと通常の仮登記であろうと同様と解されている。⁴⁵⁾

これに対し、先に本登記がなされた場合は、停止条件が成就し、Cが約定利用権を有することになる。Cはこの約定利用権をもって土地抵当権の実行における買受人Dに対抗できることになる。

「委員会案」：「委員会案」の下であっても、土地および地上建物の所有者Aが建物につきCと売買予約をし、Cのために所有権移転請求権保全の仮登記をすることはできよう。このとき、自己借地権の設定登記をした場合、その後に土地に抵当権が設定されても土地抵当権の効力は地上建物には及ばない（試案民370 I 但書）。土地抵当権が実行され、Dが買受人になり、続いて仮登記が本登記になったとしても、Cはこの自己借地権をもってDに対抗しえる。先に本登

43) 柚木馨＝高木多喜男『新版 注釈民法（9）物権（4）』589頁〔高木多喜男〕（有斐閣、改訂版、2015）。

44) 近江・前掲注（42）199頁、高木多喜男『担保物権法』196頁（有斐閣、第四版、2005）は、法定地上権は、約定利用権なき場合に備えた制度であるから、Cは約定利用権のみを取得すると解すべきだとする。

45) 近江・前掲注（42）199頁。

記がなされた場合でも、同様である。

これに対し、自己借地権ではなく、停止条件付約定利用権の設定（仮登記）の場合（「委員会案」）においてもこのような約定利用権の設定を否定するものではないであろう）、土地抵当権の効力は地上建物にも及ぶ。そして、抵当権が実行されると土地および地上建物が競売され、買受人Dは両者を取得することになる（土地と地上建物とで別々の買受人になることも可能性としてはありえる）。さらに地上建物の仮登記が本登記になると、仮登記の順位保全効により、Cが買受人D（あるいはそれ以外の者）に優先することになり、本登記と同時に停止条件が成就して生じた約定利用権をもってCは買受人Dに対抗し得ることになる。先に本登記がなされた場合でも、同様である。

また、「委員会案」にあっても、停止条件付約定利用権の設定をすることなく、地上建物のみに仮登記を設定することができるであろう。その場合は、仮登記を本登記にした地上建物所有者Cには何らの土地利用権もないことになる。よって、Cは土地買受人Dからの建物収去および土地明渡しに応じなければならない。先に本登記がなされた場合でも、同様である。

「松岡案③」：土地にのみ抵当権が設定されている類型であるから、自己借地権が設定登記されていることになる。抵当権実行後にCの本登記がなされるとCは約定利用権（当初自己借地権であった約定利用権もしくは停止条件が成就した約定利用権）をもって競落人Dに対抗できる。Cの本登記が先の場合も同様である。

「松岡案④」：土地抵当権設定直前に自己借地権が法定されており、「松岡案③」と同様となる。

〈論 説〉

経営者報酬の基礎理論（上）

—— 会社法第 361 条の立法趣旨と判例法理の展開 ——

藪 田 礼 子

目 次

第 1 はじめに

第 2 会社法第 361 条の立法趣旨

1 沿 革

- (1) ロessler 草案
- (2) 明治 23 年商法
- (3) 明治 32 年商法以降平成 17 年会社法まで
- (4) 平成 17 年会社法以降

2 判例にみる立法趣旨

- (1) 昭和初期・昭和 20 年代の判例
- (2) 昭和 30 年代以降の下級審判例
- (3) 最高裁判所判例

第 3 経営者報酬に関する判例法理の展開

1 昭和初期から昭和 30 年代初頭までの判例

- (1) 株主総会決議のあり方に関する判例
- (2) 取締役の個別の報酬額の決定に関する判例
 - ① 取締役の個別の報酬額の決定方法に関する判例
 - ② 決定された報酬額に関する判例

《以上、本号掲載》

2 退職慰労金に関する判例

- (1) 退職慰労金の性質に関する判例
- (2) 退職慰労金決定権限の分配に関する判例
- (3) 退職慰労金の相当性の審査に関する判例

3 基本報酬等に関する判例

- (1) 基本報酬等決定権限の分配に関する判例
- (2) 基本報酬等の相当性の審査に関する判例

第 4 経営者報酬に関する学説の展開

第 5 むすび

第1 はじめに

平成30年11月に発覚した日産自動車元会長の役員報酬過少記載事件は、いまだ係争中であるものの、日本における経営者報酬の高額化に伴う問題を改めて浮き彫りにした。その後、企業内容等の開示に関する内閣府令及び会社法の各改正¹⁾により、経営者報酬に関して、事前及び事後の情報提供を含む手続の透明化が図られることになったものの、果たしてこれらがどの程度機能していくのかは未知数である。

他方、高額な経営者報酬に対する批判は、国際的にも高まっており、欧米を中心に、支給済みの業績連動報酬を会社に強制返還させるクローバック条項や、報酬の支給前にその額を減額し又は支給を取りやめるマルス条項の導入もなされている。日本においても、これらの条項の導入が推奨²⁾されているが、米国や英国では大企業の大半がクローバックを導入しているとされているのに対し、日本企業への導入は遅れている³⁾。これは、日本の経営者報酬が欧米に比べて低いとされていることだけでは説明できない。例えば、いったん報酬額が具体的に定まればこれを一方的に減額したり不支給とすることができないとする裁判例⁴⁾との整合性なども問題となる。

そもそも日本では、経営者報酬について、会社法ないし商法の下では、長らく旧商法269条・会社法361条のわずか1条の条文があるにとどまり、その多くは膨大な判例の集積によって規律されてきた。また、高額な経営者報酬の問題については、日本の経営者報酬が、欧米に比べれば長らく低水準であったためか、問題自体が顕在化していなかったほか、問題とされたとしても、退職慰労金の支給に関する議論を中心として展開されてきた感がある。さらに、近時

1) 企業内容等の開示に関する内閣府令の改正（平成31年内閣府令第3号）については平成31年1月31日公布・施行。改正会社法（令和元年法律第70号）については令和元年12月11日公布・令和3年3月1日施行。

2) 日本取締役協会・投資家との対話委員会「経営者報酬ガイドライン（第4版）」（2016年）3頁。

3) 日本経済新聞2021年5月3日朝刊13面によれば、2020年度の有価証券報告書で導入が確認されたのは、TOPIX100の時価総額上位30社のうち7社程度とのことである。

4) 最判平成4年12月18日民集46巻9号3006頁等。

の下級審判例⁵⁾の例外があるものの、伝統的には報酬が不当に高額であるかどうか、つまり報酬の相当性については、会社法ないし商法の下では、司法判断の対象外とされてきた。

しかし、経営者報酬をめぐるこのような法状況が果たして経営者報酬を規律するのにふさわしい法状況であるのかという疑問がある。かかる法状況の妥当性及び適合性、並びに今後の経営者報酬の規律を考えるにあたり、まずは、これらの判例によって示された基礎理論を考察する必要がある。

本稿は、そのために、日本における報酬規制の立法趣旨がどのようなものであり、また、どのように判例が展開されてきたのかを分析することを目的とする。

第2 会社法第361条の立法趣旨

1 沿革

(1) ロエスレル草案

会社法361条の原型は、明治17年に脱稿されたロエスレル（Karl Friedrich Hermann Rösler）⁶⁾起草の商法草案225条に遡る。同条は、「取締役たち（Directoren）がその職務（Function）につき俸給その他の報酬を受けるときは、これを定款または株主総会の決議によって定めなければならない。」と規定していた⁷⁾。

同条の注釈によると、同条の趣旨は、「取締役（Director）の任は大部分が労多くして困難であり、そうでなくとも高いレベルの責任を伴うものである」から、その報酬は「通常の株主の単なる利益配当では…不十分であり」、「大変高

5) 東京地判平成30年4月12日金判1556号47頁、東京高判平成30年9月26日金判1556号59頁。

6) Röslerの日本語表記につき、「リョースレル」、「ロエスレル」、「ロエスラー」との表記もあるが、ここでは「ロエスレル」と表記する。

7) 『ロエスレル氏起稿商法草案 上』（司法省、明治17年）403-404頁（以下「草案」という。）。現代語訳は、高田晴仁「ロエスレル商法草案：取締役たちおよび監查役会」慶應義塾大学法學研究89巻1号（2016年）419頁、435頁による。

額である」とした上で、一方で、「有能な取締役たちにより株主の財産は二倍、三倍にもな」ることを認めつつも、他方で「[無能な取締役たちによって]」「株主の財産」が「浪費され」、「莫大な請求」がなされることを阻止するために、「会社は報酬額または給与額をあらかじめ定めなければなら」ず、「取締役たちは自らその報酬の支払いをなすことは許され⁸⁾ない」とする。

このことから、同条は、「有能な」取締役の報酬が不当に低額におさえられることによって会社財産の増加が妨げられる危険性よりも、「無能な」取締役によって会社財産が浪費されることを防ぐことに規制の主眼を置いていたといえる。ここで「有能」あるいは「無能」の意味するところは定かではないが、報酬が職務の対価であるという理解を前提とすると、ロessler草案は、職務の対価に見合わない不当に低額な報酬あるいは無報酬ではなく、不当に高額な報酬を問題としていたものと解される。このように職務の対価に見合わない不当に低額な報酬あるいは無報酬が問題とされなかった理由としては、後述の明治23年商法と同様、ロessler氏草案においても、取締役の資格を株主に限定する、いわゆる資格株制度が採用されてお⁹⁾り、株主としての利益配当を受けることが期待されていたためであると解される。

他方、この注釈によると、「自ら」という文言はあるものの、報酬を受ける者が報酬を決定するという利益相反的な側面については必ずしも意識的には論じられていないものと考えられる。

なお、賞与に関しては、ロessler草案238条1項により「利足及ヒ利益配當案」につき「通常總會」により決議される旨規定されて¹⁰⁾いた。

(2) 明治23年商法

このロessler草案をもとに明治23年に公布されたのが明治23年商法（明治23年法律第32号）である。明治23年商法においても、ロessler草案と同

8) 高田・前注7)。

9) 草案・前注7) 402頁(223条)。

10) 草案・前注7) 413頁。なお、明治23年商法及び明治32年商法も同様に株主総会の認定ないし承認を必要としていた（明治23年商法218条、明治32年商法190条、同192条1項）。また、明治32年商法の各規定は、昭和13年改正商法281条、283条1項に引き継がれた。

様に、「取締役又ハ監査役カ給料又ハ其他ノ報酬ヲ受ク可キトキハ定款又ハ總會ノ決議ヲ以テ之ヲ定ム¹¹⁾」と規定された（196 条）。

ここで、明治 23 年商法は、資格株制度の下、所有と経営が一致する株主総会中心主義の経営管理システムを採用しており、取締役の資格を株主に限定していたことに留意する必要がある。これは、業績に連動した取締役の報酬は、株主としての利益配当として受けることが予定されていたことを示唆しているように思われる。

ところで、明治 23 年商法には取締役と会社との法律関係を規律する定めがなく、また、取締役各自が会社の業務を執行し、会社を代表するとされるときも、株主総会が最高かつ万能の機関とされていた¹³⁾。そのため、定款に定めがなければ株主総会の決議で取締役の報酬を定めることを要するとしたのは、他にこれを定める方法がなかったという消極的な理由によると解する余地もある。しかし、前述のロessler草案注釈のとおり、株主の財産たる会社財産が浪費されることを防ぐという立法趣旨に着目すれば、定款の定めがない限り株主総会で決定するというところに積極的意義があるといえる。後述のとおり、資格株制度の廃止及び法定機関としての取締役会制度の導入により、いわゆる所有と経営の分離がなされ、取締役会が商法上の機関として位置づけられた後においても、依然として定款に定めがなければ株主総会の決議で取締役の報酬を定めることとされたのは、そのためであるといえる。

（3）明治 32 年商法以降平成 17 年会社法まで

その後、新たな商法として明治 32 年商法（明治 32 年法律第 48 号）が成立したが、この明治 32 年商法における取締役の報酬に関する規定（179 条）も明治 23 年商法とほぼ同様に、「取締役カ受クヘキ報酬ハ定款ニ其額ヲ定メサリトキハ株主總會ノ決議ヲ以テ之ヲ定ム¹⁴⁾」と規定され、監査役の報酬については、179 条を準用するものとされた（189 条）。

11) 『法令全書 明治 23 年』（内閣官報局）38 頁。

12) 洪濟植「取締役会制度に関する沿革的考察」島大法学第 59 巻第 1 号（2015 年）1 頁、4-5 頁。

13) 洪・前注 12) 5-6 頁。

14) 『法令全書 明治 32 年』（内閣官報局）35 頁。

昭和 13 年改正商法（昭和 13 年法律第 72 号）による条数整理の結果、従来の 179 条は 269 条に移されたが、明治 32 年商法と同じく「取締役が受クベキ報酬¹⁵⁾ハ定款ニ其ノ額ヲ定メザリシトキハ株主總會ノ決議ヲ以テ之ヲ定ム」と規定され（269 条）、監査役の報酬については、269 条を準用するものとされた（280 条）。なお、この昭和 13 年改正商法によって、資格株制度が廃止されたものの、定款で取締役の資格株を定めることは認められていた。¹⁶⁾

その後、昭和 25 年改正商法（昭和 25 年法律第 167 号）により所有と経営の分離がなされ、取締役会中心主義への転換が図られたが¹⁷⁾、前述のとおり、このことは商法 269 条の規定には何ら影響を与えなかった。なお、監査役の報酬については、その後、昭和 56 年改正商法（昭和 56 年法律第 74 号）により、取締役の報酬に関する規定の準用ではなく、新たに「監査役ノ報酬ハ定款ニ其ノ額ヲ定メザリシトキハ株主總會ノ決議ヲ以テ之ヲ定ム」と規定されるとともに（279 条 1 項）、「監査役数人アル場合ニ於テ各監査役ノ受クベキ報酬ノ額ニ付定款ノ定又ハ總會ノ決議ナキトキハ其ノ額ハ前項ノ報酬ノ範囲内ニ於テ監査役ノ協議ヲ以テ之ヲ定ム」とされた（同条 2 項）。

また、平成 9 年改正商法（平成 9 年法律第 56 号）によりストック・オプション制度が導入され、平成 13 年 11 月改正商法（平成 13 年法律第 128 号）により新株予約権制度が導入されたものの、ストック・オプションとして新株引受権ないし新株予約権を発行する場合、その有利発行にかかる株主總會決議とは別に株主總會による報酬決議が必要であるとは考えられていなかったため、商法 269 条の改正には至らなかった。

以上のとおり、昭和 13 年改正商法以降、長らく商法 269 条は改正されなかったが、平成 14 年改正商法（平成 14 年法律第 44 号）により、確定額報酬のほか、不確定金額報酬の規定（269 条 1 項 2 号）と非金銭報酬ないし現物給付の規定（同項 3 号）が創設され、また、これら不確定金額報酬と非金銭報酬につき、株主總會における説明が義務付けられることとなった。

15) 官報第 3374 号（昭和 13 年 4 月 5 日）254 頁。

16) 加美和照『会社取締役法制度研究』（中央大学出版部、2000 年）73 頁。

17) 洪・前注 12) 8 頁。

18) 労務出資が認められていないことから、常に無償で付与を受けたものとみなされた。

また、平成 14 年改正商法に伴う「株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律」（商法特例法）（平成 14 年法律第 44 号）の改正により委員会等設置会社制度が導入され、委員会等設置会社においては、取締役及び執行役の報酬は報酬委員会において決定されることとなった（商法特例法 21 条の 11）。

（4）平成 17 年会社法以降

平成 17 年会社法（平成 17 年法律第 86 号）により、商法 269 条は会社法 361 条に引き継がれた。その際、従来の「取締役が受クベキ報酬」が、「取締役の報酬、賞与その他の職務執行の対価として株式会社から受ける財産上の利益」と規定されたことにより、賞与が明示的に報酬規制の対象に含まれることとなり、また、ストック・オプションも同条の適用を受けるものと解されている¹⁹⁾。

委員会等設置会社制度は、平成 17 年会社法により委員会設置会社として引き継がれ、取締役及び執行役の報酬は、個人別の報酬等の内容も含めて、定款又は株主総会ではなく、報酬委員会において決定されるものとされた（404 条 3 項）。

その後、委員会設置会社は、平成 26 年改正会社法（平成 26 年法律第 90 号）により、指名委員会等設置会社と名称変更がなされ、指名委員会等設置会社に引き継がれた。また、同改正により監査等委員会設置会社制度が創設されたが、実質的な規定の変更はない。

なお、令和元年改正会社法（令和元年法律第 70 号）において、社外取締役を置かなければならないとされた会社につき、取締役会による取締役の個人別の報酬等に係る決定方針の決定が義務付けられ、また、株式報酬やストック・オプションについて株主総会決議事項の明確化など、大幅な改正があったが、報酬等につき、定款又は株主総会の決議によって定めることとされていることは変更がない。

2 判例にみる立法趣旨

（1）昭和初期・昭和 20 年代の判例

昭和初期・昭和 20 年代の下級審判例は、「地位の利用」という利益相反行為

19) 伊藤靖史『経営者の報酬の法的規律』（有斐閣、2013 年）14 頁。ただし、有償ストック・オプションについては、「報酬等」の該当性につき争いがある。

により、取締役が「自己の利益のみを図る」ことによって会社の利益が損なわれることを防止することを報酬規制の趣旨としていた。例えば、明治 32 年商法 179 条の趣旨につき、大阪地判昭和 2 年 9 月 26 日法律新聞 2762 号 6 頁（以下「昭和 2 年大阪地判」という）は「会社重役の報酬額を定むるに付会社重役等の専断なる行為を防止せんが為」と判示し、また、大阪控判昭和 3 年 10 月 30 日法律新聞 2920 号 13 頁（以下「昭和 3 年大阪控判」という。）は、報酬額の決定を「重役等の裁量に一任するときは往々にして其の地位を利用して自己の利益のみを図り会社の利益を顧みざるが如きことなきを保せざるを以て之を防止する為」²⁰⁾であると判示した。また、昭和 13 年改正商法 269 条の趣旨につき、東京地判昭和 26 年 4 月 28 日下民集 2 巻 4 号 566 頁（以下「昭和 26 年東京地判」という。）は、「取締役は会社の実権を掌握するものであつて自己に対する報酬を自己の一存で決定させるときは往々にして会社の利害を度外視し、自己の利益のみを図り、専権に走るの弊なきを保し難いので、…この弊害を防止するために設けられた」と判示し、また、大阪地判昭和 28 年 6 月 29 日下民集 4 巻 6 号 945 頁（以下「昭和 28 年大阪地判」という。）も、「会社の機関たり又最高幹部たる役員らが、もし自己の受くべき報酬を自己の自由に定める場合に於ては、その地位を利用して自らの利益のみを図り、会社の利益を顧みない場合もなきにしも非ずと考え、之を防止するところにある」と判示した。

このように利益相反取引の弊害を重視した場合、取締役会設置会社において利益相反取引は取締役会決議で足りるとする現在の法制の下では、立法論として、取締役会設置会社の場合は、報酬の決定は、株主総会ではなく、むしろ取締役会において決定すべきとするという考え方が成り立ちうる。そのため、定款又は株主総会決議を必要とする報酬規制との整合性につき、本来はさらなる説明が必要となる。しかし、これらの下級審判例は、主に、取締役会が商法上の機関とされ、また、自己取引・利益相反取引の承認機関が監査役から取締役会に変更された昭和 25 年改正商法前の事案²¹⁾についてのものであったためか、こ²²⁾

20) 以下、判例については旧字体及び片仮名遣いがなされている場合があるが、読みやすさを考え、新字体及び新仮名遣いに改めた。

21) 取締役と会社との自己取引に関する規制は明治 32 年商法 176 条により導入され、ここでは監査役の承認が必要とされていた。

の点について意識的に論じられていない。

これに対し、大審院は、大判昭和5年3月1日評論19巻商263頁（以下「昭和5年3月大判」という。）において、報酬規制の趣旨につき、「会社と取締役若しくは監査役との関係は、委任に関する規定に従うこととせるにより、報酬の額の如きも民法の委任に関する規定により会社代表者と個々の取締役…との間の合意を以て随時定め得べく解せらるるが故に斯の如きことを許さざる趣旨」であると判示した。これも下級審判例と同じく、その根底には、自己取引・利益相反取引の弊害防止という配慮があったと考えられる。しかし、当時取締役と会社との自己取引に必要であった監査役の承認ではなく、定款又は株主総会決議が必要とされる理由についての説明が潜在的に必要となるおそれがあることから、あえて自己取引・利益相反取引の弊害防止という趣旨を明示しなかったものと思われる。

（2）昭和30年代以降の下級審判例

昭和30年代に入ると、下級審判例において、自己取引の弊害の防止という報酬規制の趣旨は、「お手盛り」という言葉を用いて表現されるようになったものの、その内実については明確には論じられていなかった。²³⁾「お手盛り」の内容が明確に論じられるようになったのは、昭和40年代以降、特に退職慰労金の支給が問題とされた事案においてである。「お手盛り」が、従前の下級審判例に見られる報酬規制の趣旨、すなわち、自己取引・利益相反行為によって会社の利益を損なうことを意味することは、例えば、報酬規制の趣旨について、「取締役ないし監査役が、自己の受くべき報酬の額を自由に定めることができるものとする、その地位を利用してみずからの利益のみを図り、会社の利益をかえりみないおそれもあるから、このようないわゆるお手盛りを防止するため」とした

22) ただし、昭和28年大阪地判は、昭和25年改正商法施行（昭和26年7月1日）後の事案（昭和26年8月25日開催の株主総会における役員報酬増額決議）が対象となっている。

23) 「お手盛り」の語を初めて用いた裁判例は明らかではないが、例えば、傍論として、「いわゆる御手盛り支給に伴う取締役会の専断のおそれがないこと」を理由として退職慰労金につき商法269条の適用がないとする見解には賛し難い旨判示した名古屋地判昭和36年9月19日民集18巻10号2152頁がある。

下級審判例からも明らかである。なお、「お手盛り」によって損なわれる利益については、単に「会社」の利益とするものもあるが、ロエスレル草案のように、²⁴⁾「株主」の利益を意味するものと考えられている。²⁵⁾

ところで、「お手盛り」の弊害について、ロエスレル草案と同様、不相当に高額な報酬が支給されることである旨を明示した下級審判例もあるものの、²⁶⁾このような裁判例は次第に見られなくなった。他方、退職慰労金や基本報酬が支給されない事案に対する配慮からか、報酬規制の趣旨につき、「お手盛り」の防止とともに、取締役の報酬決定の「公正を担保」²⁷⁾することを挙げる下級審判例が増えた。²⁸⁾例えば、報酬規制の趣旨につき、「取締役会が取締役の報酬を決定するものとするときは、恣意に流れ、いわゆるお手盛りの弊を招き、会社及び株主の利益を害するおそれがあるので、これを防止し、取締役の報酬額決定の公正を担保しようとしたものと解される」とした下級審判例などがこれにあたる。

これらの裁判例における「公正」の意味は明らかではないものの、その多くが「お手盛り」の「恣意」性の防止を挙げていることを踏まえると、「公正」には、少なくとも報酬決定プロセスにおける公正、すなわち恣意性の抑制又は排

24) 大阪高判昭和43年3月14日金判102号12頁。ただし、監査役の報酬についても、取締役の報酬と同様に「お手盛り」を防止するためであるとした点は疑問がある。

25) 例えば、後注28) 東京地判昭和54年1月31日のほか、大阪高判昭和42年9月26日金判85号5頁、大阪地判昭和44年3月26日下民20巻3=4号146頁、東京地判昭和63年1月28日判時1263号3頁、東京地判平成3年7月19日金判890号35頁、奈良地判平成12年3月29日判タ1029号299頁など。なお、「会社」の利益を挙げずに、「株主」の利益のみを挙げた裁判例としては、東京高判平成7年5月25日判タ892号236頁、東京高判平成15年2月24日金判1167号33頁などがある。

26) 例えば「株式会社の役員が取締役会の決議により会社から無制限に金員の支給を受けられることになると、お手盛りまたは馴れ合いにより会社から不当な支給を受けて、会社ないし株主に損害を与える危険があるので、これを阻止するため」とした前注25) 大阪高判昭和42年9月26日や、「お手盛り」という言葉は用いていないものの、報酬規制の趣旨につき「取締役等会社役員が取締役の報酬額を株主の利益を害する不相当な高額に定め支給するのを防止すること」とした大阪高判昭和53年8月31日下民集29巻5=8号537頁などがある。

27) 例えば、前注25) 大阪地判昭和44年3月26日、東京地判昭和63年1月28日、奈良地判平成12年3月29日のほか、後注28) 東京地判昭和54年1月31日など。

28) 東京地判昭和54年1月31日金判579号36頁。

除という意味が含まれていると解される。それと同時に、これらの裁判例では、「公正の担保」²⁹⁾が「会社及び株主の利益」を害する「お手盛り」の弊害の防止と同一のものとして論じられている。「会社及び株主の利益」を害することが従前の下級審判例やロエスレル草案と同様、会社財産の流出という意味であるとすれば、「公正」には、報酬決定プロセスの公正のみならず、報酬決定の結果たる報酬額の公正、すなわち職務の対価としての相当性という意味も含まれているものと考えられる。報酬規制の趣旨につき、「取締役の会社から受ける報酬額を公正妥当ならしめ、取締役ないし取締役会によるいわゆるお手盛りの弊害を防止しようとする点にある」とした下級審判例も同様の理解に基づくものと考えられる。

もっとも、「公正の担保」というのみでは、報酬規制がなぜ利益相反取引規制と異なるのか明らかにすることができないなど、「公正の担保」の意味が曖昧であるためか、近時は「公正の担保」という表現が用いられない傾向にある。他方で、報酬規制の趣旨につき、「お手盛り」の弊害の防止とともに、報酬決定を「株主の自主的な判断にゆだねる」ものであるとした、後述の平成15年最判及び平成17年最判を契機として、それ以降の下級審判例では、報酬規制の趣旨につき、これら両最判に依拠して、「お手盛りの弊害の防止」³⁰⁾という言葉と「株主の自主的な判断にゆだねる」という言葉の両方を用いて論じられるようになった。³¹⁾

報酬規制の趣旨の「株主の自主的な判断」という言葉に関し、注目すべき下級審判例が2つある。1つは、大阪高判平成2年3月30日判時1360号152頁（以下「平成2年大阪高判」という。）であり、もう1つは東京地判平成19年6月14日判時1982号149頁（以下「平成19年東京地判」という。）である。

29) 本文中又は脚注に挙げた該当する判例では、いずれも「公正を担保」するとの文言が用いられているが、以下、便宜上「公正の担保」と表記する。

30) 東京高判昭和59年6月26日金判722号13頁。

31) 本文中又は脚注に挙げた該当する判例では、いずれも「お手盛りの弊害を防止」するとの文言が用いられているが、以下、便宜上「お手盛りの弊害の防止」と表記する。

32) 例えば、東京地判平成25年8月5日金判1437号54頁、東京地判平成27年5月26日金法2034号84頁、名古屋地判平成28年6月15日金判1570号55頁など。

平成2年大阪高判は、退職慰労金贈呈の議案についての説明義務が尽くされたか否かが問題とされた事案であり、報酬ないし退職慰労金の支給の適否が問題とされたものではないが、報酬規制の趣旨につき、「お手盛り」の弊害を防止するために、「総会の自主的判断により額の相当性を担保しようとするもの」と判示した。これは、一面においては、報酬決定プロセスの公正と報酬結果の公正すなわち報酬額の相当性の両方を報酬規制の趣旨に含めている点で、前述の「公正の担保」という言葉を用いた下級審判例と実質的に同趣旨であると考え余地がある。しかし、平成2年大阪高判は、他方で、「商法は…額の実質的相当性には介入せず、専ら手続的規制方法を取り、定款で定めないかぎり、株主総会の決議で額を定める…べき」と判示していることに鑑みると、「総会の自主的判断」とは、報酬決定プロセスの公正、すなわち恣意性の抑制又は排除を意味するのではなく、むしろ、「総会の自主的判断」という「手続的規制」を遵守しさえすれば、その手続、すなわち報酬決定プロセスの公正性は問われないということの意味しており、また、報酬決定結果たる「額の実質的相当性」も問われないということをも含意しているといえる。

そして、このことをさらに強調したのが、平成19年東京地判であるといえる。平成19年東京地判は、平成2年大阪高判と異なり、まさに取締役の退職慰労金の金額の相当性が争われた事案である。平成19年東京地判は、退職慰労金を含む取締役の報酬額の決定は「法令の定めに従うほかは、各株式会社の自治に委ねられた事項であり…会社の所有者（出資者たる株主）の意思を反映して決定するというのが、わが国の会社法制である」とした上で、「裁判所は、特段の事情がない限り、取締役報酬の多寡の実質的当否について、株式会社（株主総会）の判断に介入してはならないと考えられる」と判示した。この平成19年東京地判は、報酬規制の趣旨につき、報酬決定プロセスや結果の「公正」性も、報酬額の「相当」性も不問としている点において、前述の「お手盛り」の弊害の防止や「公正の担保」という言葉を用いた下級審判例とは一線を画していると考えられるものの、「会社の所有者（出資者たる株主）の意思を反映して決定する」ことを強調している点において、報酬決定を「株主の自主的な判断にゆだねる」ものであるとした最判平成15年2月21日金判1180号29頁（以下「平成15年最判」という。）及び最判平成17年2月15日判時1890号143頁（以下「平成

17 年最判」という。）と軌を一にしていると考えられる。両最判については後に詳述する。

なお、報酬規制の趣旨につき、「一次的に、取締役ら自身によるお手盛り防止にあることは否定されないが、その根本理念としては、株式会社の実質的所有者である株主を構成員とする機関に取締役の報酬を決定させることによって、取締役の職務執行に対する監督権能を十全ならしめる点にあると解すべきである」とした下級審判例³³⁾がある。取締役会設置会社においては、「取締役の職務執行に対する監督権能」は、終局的な監督権能である取締役の解任を除き、株主総会ではなく、取締役会にあるため（会社法 362 条 2 項 2 号）、かかる判示に直ちに賛同することはできない。しかし、「取締役の職務執行に対する監督権能」の所在やその権能の内容、また、一般的に取締役の職務執行の範疇とされる行為について株主総会決議が要求されているものと報酬規制との異同の考察を促す点において、意義がある裁判例であるといえる。

（3）最高裁判所判例

前述のとおり、下級審判例においては、遅くとも昭和 30 年代頃から、「お手盛り」という言葉を用いて、その弊害の防止が報酬規制の趣旨である旨論じられていたものの、最高裁判例は、退職慰労金の支給に関する先例となる最判昭和 39 年 12 月 11 日民集 18 卷 10 号 2143 頁（以下「昭和 39 年最判」という。）において、報酬規制の趣旨につき、「無条件に取締役会の決定に一任することは許されない」と述べるにとどまっていた。これは、報酬規制の趣旨につき、「報酬の額の如きも民法の委任に関する規定により会社代表者と個々の取締役…との間の合意を以て随時定め得べく解せらるるが故に斯くの如きことを許さざる趣旨」とした昭和 5 年 3 月大判と実質的に同旨であるといえる。もっとも、昭和 39 年最判についての最高裁判所判例解説において、当時の報酬規制たる商法 269 条の趣旨につき、「取締役の勤労に対する対価…の額の決定は、会社の業務執行に属するから、株式会社の業務執行権者である取締役会において、元来これを決定すべきものである。しかしながら、いわゆるお手盛りの弊を配慮し、法は、これを定款の定めか、あるいは、株主総会の決議にかからしめて、株式

33) 名古屋地判平成 14 年 1 月 17 日金判 1151 号 45 頁。

会社の持主である株主の意思によってこれを決定することとしたのである。」として「お手盛り」という言葉を用いて説明されている。³⁴⁾

最高裁判例において、「お手盛り」という言葉を用いて報酬規制の趣旨が論じられたのは、「商法 269 条の規定の趣旨は取締役の報酬額について取締役ないし取締役会によるいわゆるお手盛りの弊害を防止する点にある」とした最判昭和 60 年 3 月 26 日判時 1159 号 150 頁（以下「昭和 60 年最判」という。）である。

この「お手盛りの弊害の防止」は、報酬規制の趣旨につき、「商法 269 条は、取締役の報酬額について、取締役ないし取締役会によるいわゆるお手盛りの弊害を防止するために、これを定款又は株主総会の決議で定めることとし、株主の自主的な判断にゆだねている」〔註：下線部筆者。以下同様〕とした平成 15 年最判にも引き継がれたものの、平成 15 年最判は、報酬規制の趣旨につき、「お手盛りの弊害の防止」にとどまらず、取締役の報酬額の決定を「株主の自主的な判断」にゆだねることも含めた点に特徴がある。ただし、平成 15 年最判は、厳密には、報酬額の決定を「株主の自主的な判断にゆだねる」のは、「お手盛りの弊害を防止するため」であるとしていた。つまり、平成 15 年最判は、あくまでも「お手盛りの弊害の防止」が報酬規制の目的であり、「株主の自主的な判断」にゆだねることは、そのための手段であると考えられる。

しかし、まもなく、最高裁判所は、平成 17 年最判において、報酬規制の趣旨につき、「取締役の報酬にあつては、取締役ないし取締役会によるいわゆるお手盛りの弊害を防止し、監査役の報酬にあつては、監査役の独立性を保持し、さらに、双方を通じて、役員報酬の額の決定を株主の自主的な判断にゆだねるところにあると解される」と判示した。この平成 17 年最判は、報酬額の決定を「株主の自主的な判断」にゆだねることは「お手盛りの弊害の防止」の手段ではなく、報酬規制の終局的目的であると位置づけているように考えられる。

このように、厳密には平成 15 年最判と平成 17 年最判は異なるものの、両最判は、いずれも、報酬規制の趣旨につき、自己取引・利益相反取引の弊害と同義であると考えられる「お手盛りの弊害の防止」とは別に、「株主の自主的な判断」にゆだねることを挙げている点において共通する。そして、前述の昭和初

34) 『最高裁判所判例解説〈民事篇昭和 39 年度〉』（法曹会、1973 年）〔坂井芳雄〕496 頁。

期・昭和 20 年代の判例と比較すると、両最判は、取締役会設置会社についても自己取引・利益相反取引規制とは異なる規制を報酬規制に及ぼすべき理由を明示したという意味において、意義を有する。なお、これが報酬の相当性についての裁判所の審査を排除する趣旨であるのか否かについては、議論のあるところであり、今後の判例の蓄積を待つしかない。

第 3 経営者報酬に関する判例法理の展開

1 昭和初期から昭和 30 年代初頭までの判例

経営者報酬に関する明治、大正時代の裁判例は明らかではないものの、遅くとも昭和初期から昭和 30 年代初頭にかけて、確定額の基本報酬の支給を中心として、いくつかの重要な判例法理が形成された。これらの判例法理は、大別すると、株主総会決議のあり方に関するものと、取締役の個別の報酬額の決定に関するものに分けられ、後者は、さらに決定方法に関するものと、決定された報酬額に関するものに分けられる。

（1）株主総会決議のあり方に関する判例

まず、株主総会決議のあり方に関するものとしては、定款又は株主総会において、各取締役が受ける個別の報酬額を決定する必要はなく、取締役の報酬の総額を決定すれば足りるとする法理（以下、便宜上「個別報酬決議不要の法理」という。）と、取締役全員の報酬総額の限度額の決議は毎年行う必要はなく、変更時に行えば足りるとする法理がある（以下、便宜上「毎年決議不要の法理」という。）。個別報酬決議不要の法理は、例えば、監査役報酬を含むものではあるものの、取締役及び監査役の報酬を定款又は株主総会において一括して定めることは報酬規制に反しないとした昭和 3 年大阪控判などがこれにあたる。³⁵⁾ また、毎年決議不要の法理は、例えば、定款に報酬額の定めがないにおいて、株主総会において報酬額を定めたときは、「其の後報酬額に付変動なき限り其の決議の効力は依然として存続するもの」とした昭和 2 年大阪地判などがこれにあ

35) なお、監査役の報酬総額については、商法 56 年改正商法 279 条 1 項により、取締役の報酬総額とは別に定めることとされた。

たる。

さらに、個別報酬決議不要の法理の一環として、株主総会決議で定める取締役の報酬の総額は、各取締役の個別の報酬額の合計額ではなく、その限度額ないし上限額を定めれば足りるとする法理がある（以下、便宜上「限度額確定の法理」という。）がある。監査役報酬を含むものではあるものの、株主総会において取締役及び監査役の報酬並びに交際費を1年間で5万円以内と限定した株主総会決議の効力が争われた事案につき、報酬規制の趣旨につき、定款又は株主総会決議をもって役員報酬を「確定不可動的に明瞭ならしめん」とするものであるとした上告理由を退け、「各営業年度に於て取締役及び監査役の受くべき報酬は右の範囲内に於て為さるる両者の協定に任せたるものと解し得べきが故に各営業年度に於ける両者の報酬額は其の協定に依り定まるのみならず決して定まりたる報酬は結局総会の決議に依りたるものと謂い得」とした大判昭和5年4月30日法律新聞3123号8頁（以下「昭和5年4月大判」という。）などがこれにあたる。また、役員報酬につき、「一括して定めてもそうでなくても、定まった範囲内での区分を、給与を受けるべき重役相互間の自由処分に委ねることは商法の精神に背反するところはない」とした昭和3年大阪控判も同様である。

ちなみに、限度額確定の法理については、これを個別報酬決議不要の法理と別個のものとして取り扱うことに異論がありうる。実際、本文で挙げた判例のほか、「株主総会の決議により役員等の報酬の総額又は限度額を定め、且つ役員各自に対する支給額の決定を取締役会に一任し、以て具体的な額の決定方法までも定めたる場合」は報酬規制に反しないとした昭和28年大阪地判においても、限度額確定の法理は個別報酬決議不要の法理と同一のものとして解されているといえる。しかし、これらの判例は、主に基本報酬に関するものであり、金額が過大になるおそれのある退職慰労金や賞与に関するものではないことに注意する必要がある。³⁶⁾つまり、取締役の個別の報酬額の合計額と取締役の報酬総額

36) 厳密には、昭和3年大阪控判は、定款において役員報酬のほかに毎事業年度利益の100分の10以内を役員賞与金として次年度事業費から支出する旨を定めている事案につき、かかる定款に基づく賞与の支給は、重役等の専断行為を防止するという報酬規制の趣旨に反しない旨判示している。しかし、同判例は、賞与の額につき幅のある支給を承認し

の限度額がほぼ同程度のものであることが想定されていると考えられる。そもそも、個別報酬決議不要の法理は、単に取締役の個別の報酬額を定款又は株主総会決議により定める必要がないとするものにすぎず、取締役の報酬総額の合計額については裁量の余地は認めないとすることも論理的に可能であるのに対し、限度額確定の法理は、取締役の報酬総額についての限度額の範囲内において、取締役会又は取締役の裁量の余地を認めるという点において違いがある。したがって、取締役の個別の報酬額の決定について、取締役会又は取締役の裁量の有無や程度を考えるにあたって、両者を分けて考えることは意味があると考えられる。

さて、これらの法理は、いずれも、報酬規制の立法趣旨につき、ロessler草案のように、会社財産ないし株主の財産が「浪費され」ることを防ぐこと、つまり会社財産の流出防止であると解することと整合性を有している。すなわち、会社から取締役の報酬として支出される総額又は限度額を定款又は株主総会で確定すれば、個々の取締役が受ける個別の報酬額を株主総会で定めずとも会社財産が流出するおそれはなく、また、かかる総額又は限度額につき、特に上方修正の方向での変更がない限り、新たな会社財産の流出のおそれはないというものである。

もともと、報酬規制の趣旨を会社財産の流出防止と解したとしても、定款又は株主総会において取締役の個別の報酬額を決定し、また、定款がない場合において毎年株主総会決議をすることが必要であると解する余地もある。すなわ

た報酬規制としての株主総会決議の有効性を問題としたものではなく、具体的な賞与金額の支出を承認した利益金処分案を含む計算書類の承認決議の効力を問題としたものであるから、これをもって、ただちに賞与にも限度額確定の法理が適用されるということとはできない。また、後注 41) 大判昭和 7 年 6 月 10 日は、重役の報酬金の総額と決算期ごとに賞与金を支給する旨を株主総会において決議し、重役会に各重役に対する支給額の決定を一任した事案であるが、賞与金の総額の限度額を株主総会で決議したものではなく、また、そもそも重役会において特定の重役につき報酬金や賞与金の支払いがないことの適否が争点とされたものであるから、限度額確定の法理を賞与に適用したものとはいえない。なお、本文中の後掲昭和 31 年最判は、期末に支払われる賞与を期末報酬として、基本報酬とあわせて限度額を定めた事案であるが、期末報酬は基本報酬と比べて少なく、また、限度額確定の法理の賞与への適否が争点とされたものではない。

ち、会社財産の流出防止が、自己取引の弊害の防止と同義であるとすれば、自己取引規制と同様に取締役会決議によって定めると解することも可能であり、必ずしも定款の定め又は株主総会決議は必要とはされない。それにもかかわらず、法が報酬額の決定につき定款の定め又は株主総会決議を要求したのは、会社財産の流出防止の手段として、定款又は株主総会決議を通じた事前又は事後の報酬額の開示機能を重視したためであると解する余地がある。そして、かかる開示機能を重視すれば、取締役の個別の報酬額を開示したほうが、取締役の報酬の総額を開示する場合に比べて、より開示の機能の程度が高く、会社財産の流出防止の目的に資するといえる。同様に、特に限度額確定の法理の下で、実際に支払われた報酬総額を翌年の株主総会決議において、事後的に報告しつつ、改めて当年度の報酬総額の限度額を決議するほうが、報酬総額の限度額に変更がない限り株主総会決議を行わない場合に比べて、会社財産の流出防止の目的に資するといえる。

以上を踏まえると、前述の各法理の論拠は会社財産の流出防止に求められるといえるものの、そのみが本質的な論拠であると断定することは難しい。むしろ、定款において取締役たる頭取及び副頭取の報酬金額は取締役会が定めるとされていた事案につき、かかる定款は報酬金額の決定を「取締役会の無制限なる自由に一任したる趣旨」ではなく、「社会事情の変遷、会社営業状態の推移、或は頭取・副頭取たるべき者の手腕・経歴如何等…の事情を斟酌し相当なる範囲に於て其の決定を取締役会に一任した」ものであると解して、かかる定款を有効とした大判昭和4年6月5日法律新聞3047号14頁（以下「昭和4年大判」という。）を踏まえると、定款又は株主総会決議において、取締役の報酬額の決定を無条件で取締役会ないし取締役に一任したと解されない余地がある限りにおいて、可能な限り積極的に取締役会ないし取締役の裁量を認めるのが判例の立場であるといえる。かかる昭和4年大判は、後に、昭和5年4月大判などに見られる限度額確定の法理によって、裁量の余地を少なくする方向で修正された³⁷⁾と解されるものの、昭和4年大判と昭和5年4月大判を整合的に考えると、

37) 戦後の下級審判例ではあるものの、例えば、「役員等に対する報酬総額に制限を加えるとか或は…専断に陥るおそれがないような方法で役員の内一、二の限られた者に対する

やはり取締役の報酬額の決定について、判例はできる限り取締役会ないし取締役の裁量の余地を認めることを志向しているといえる。

問題はその論拠についてであるが、少なくともこの時期の判例、すなわち、昭和初期から昭和 30 年代初頭までの判例は、かかる裁量を積極的に認めることを志向する論拠を明示していない。³⁸⁾しかし、ロessler草案において言及されているように、報酬規制には、「無能な」取締役によって会社財産が浪費されることを防ぐという会社財産の流出防止を図るという目的のほか、「有能な」取締役の報酬が不当に低額におさえられることによって会社財産の増加が妨げられる危険性を防ぐという目的もある。³⁹⁾そして、特に後者の目的を真に達成するためには、取締役の報酬の職務との対価性を判断するために、取締役が行った職務内容を具体的に把握する必要があるところ、株主総会においてこれを把握することに比べて、取締役会又は取締役がこれを把握することは容易であることを踏まえると、判例が取締役会ないし取締役の裁量の余地を認めることを志向する論拠は、会社財産の流出防止の目的を達するとともに、経営者報酬の決定を通じて経営者へのインセンティブを付与することを実効化するためであると考えられる。⁴⁰⁾

報酬額の決定を相当額の範囲内で役員会の決議に委任するというように制限付の委任は法の禁止するところではない」とした昭和 26 年東京地判も同様である。なお、この「専断に陥るおそれがないような方法」とは、裁量の余地を認めないという意味ではないことは言うまでもない。

38) ただし、後注 41) 大判昭和 7 年 6 月 10 日は、各重役に対する支給額の決定を一任された重役会が「職務の繁閑勤怠成績等を斟酌して之を決定すること」ができるとして、重役会の裁量を重視しているものと考えられる。

39) 伊藤・前注 19) 21 頁は、経営者報酬の決定が、経営者の監督や経営者へのインセンティブの付与という性質を有する旨述べるところ、このうち経営者のインセンティブの付与という性質は、「有能な」取締役の報酬が不当に低額におさえられることによって会社財産の増加が妨げられる危険性を防止することと実質的に同義であるといえる。

40) なお、前注 39) に関し、経営者報酬の決定が経営者の監督という性質を有する点に関しては、取締役会ないし取締役の裁量の幅を強化することと整合性を有するのは、あくまでも取締役会が取締役の職務執行の監督権限を有する取締役会設置会社についてであって、取締役会非設置会社についてはこの限りではない。

(2) 取締役の個別の報酬額の決定に関する判例

次に、取締役の個別の報酬額の決定に関する法理は、いずれも、個別報酬決議不要の法理又は限度額確定の法理の下、株主総会決議において、取締役会設置会社については取締役会に、取締役会非設置会社においては取締役に、取締役の個別の報酬額の決定を行うことが一任された場合を前提とするものであり、前述のとおり、大別して、個別の報酬額の決定方法に関するものと、決定された報酬額に関するものに分けられる。

① 取締役の個別の報酬額の決定方法に関する判例

まず、取締役の個別の報酬額の決定方法に関するものとして、第一に、株主総会決議において取締役会ないし取締役らが個別の報酬額の決定を行うこととされた場合、別段の指定がない限り、取締役全員の賛成又は同意は不要であり、多数決で足りるとする法理（以下、便宜上「報酬決定多数決の法理」という。）がある。株主総会決議により取締役のほか監査役を含む重役会に重役の個別の報酬額の決定が一任された事案につき、重役会における議決方法が特定されていない場合、「重役会の協議…は重役多数の意思に依りて議決せらるべきものと解するを相当とす」と判示した大審院判決⁴¹⁾がこれにあたる。この法理は、報酬規制の趣旨に基づくものではなく、むしろ会社法 369 条 1 項などに見られる会議体ないし合議体における多数決の論理に基づくものである。

第二に、株主総会決議において取締役会が個別の報酬額の決定を行うこととされたとしても、取締役会から代表取締役などの特定の取締役にその決定を再一任することができるとする法理（以下、便宜上「再一任許容の法理」という。）がある。株主総会決議において取締役等の報酬総額を決定し、各取締役等に対する配分・支払方法を取締役会の決議に一任した場合において、取締役会が、社長及び専務取締役に支給する報酬として配分する金額並びにその金額について両者間の配分・支払方法を社長に再一任する旨を決議した事案につき、かかる再一任を認め、社長が具体的に定めた社長自身の報酬金額を社長が受けるべき報酬額であるとした最判昭和 31 年 10 月 5 日集民 23 号 409 頁（以下「昭和 31 年最判」という。）がこれにあたりとされている。もっとも、昭和 31 年最判の

41) 大判昭和 7 年 6 月 10 日民集 11 巻 1365 頁。

事案は、社長と専務取締役の両名間の配分を社長に再一任したにすぎず、社長と専務取締役の両名が受けるべき報酬の合計額自体は取締役会自体が決定しており、全取締役の個別の報酬額の決定を代表取締役などの特定の取締役に再一任したものではないこと、また、幅のある限度額の範囲内での配分を再一任したものではないことに注意が必要である。なお、昭和31年最判は、取締役会における代表取締役等への再一任決議にあたっても、報酬決定多数決の法理が適用されることを前提としていると考える余地がある。⁴²⁾

この再一任許容の法理は、報酬規制の趣旨につき、会社財産の流出防止ととらえる立場と整合性を有するといえる。しかし、株主総会決議のあり方に関する判例において述べたとおり、定款又は株主総会決議を通じた事前又は事後の報酬額の開示機能を重視すれば、会社財産の流出防止から論理必然的に導き出される法理であるとまではいえない。また、再一任を受けた特定の取締役の裁量が広範であり、濫用のおそれがある場合、自己取引の弊害防止という観点からは、その取締役自身の報酬決定に関してむしろ自己取引の弊害が増大する危険をはらんでいるため、報酬規制の趣旨を自己取引の弊害防止に求めると、報酬規制の趣旨と整合性を有するとは言い難い。さらに、このような場合は、その取締役に対する他の取締役による監督や他の取締役へのインセンティブの付与の機能を損なうおそれがあることから、経営者の監督や経営者へのインセンティブの付与という経営者報酬の決定の性質とも矛盾しうる。⁴³⁾

第三に、株主総会決議において取締役会が個別の報酬額の決定を行うこととされた場合、個別報酬決議不要の法理又は限度額確定の法理の下、取締役の報酬総額又はその限度額が定められている限り、報酬の受給者たる取締役は特別利害関係を有する取締役にはあらず、取締役の個別の報酬額の決定を行う取締役会において議決権を行使することができるとする法理（以下、便宜上「報酬決定特別利害関係否定の法理」という。）がある。⁴⁴⁾ 報酬決定に関する特別利害

42) 昭和31年最判は、取締役1名を除いた全取締役が出席し、出席取締役全員の賛成により再一任が可決された事案であった。なお、欠席した取締役は、問題とされた社長でも専務取締役でもない。

43) 伊藤・前注19) 21頁。

44) 報酬の受給者についての特別利害関係の有無については、当該取締役が株主でもある

関係取締役の議決権行使規制の趣旨を「会社の利益が侵害されることを防ぐ担保的規定である」とし、報酬総額又は限度額内での分配額の決定は「限られた範囲内の純自治的な」場合であるとして、同規制の適用を否定した昭和28年大阪地判などがこれにあたる。

また、昭和31年最判の原審たる名古屋高金沢支判昭和29年11月22日下民集5巻11号1902頁は、報酬決定に関する特別利害関係取締役の議決権行使規制の趣旨は「会社または取締役会と相対立する利害関係のある特定の取締役の議決権行使を排除して、取締役会における決議の公正を担保」するものであるとし、取締役会が取締役各自に対する支給額の配分を特定の取締役に再任する場合は、「取締役全体の一般的事項を議するものであって、ある特定の取締役のみに関する事項を議決する場合にみられるような利害が対立するものではないから、決議の公正を害するものとするとはできない」と判示しており、取締役会における代表取締役等への再一任決議にあたっても、報酬決定特別利害⁴⁵⁾関係否定の法理が適用されるとしている。

この報酬決定特別利害関係否定の法理は、報酬規制の趣旨につき、会社財産の流出防止ととらえることを前提に、会社と取締役との利害の対立をもっぱら取締役の報酬として会社財産から流出する金額に関するものであると考え、株主総会において取締役の報酬総額又は限度額を承認した以上、会社と取締役との利害の対立は解消したことを論拠⁴⁶⁾としているとされている。もっとも、経営者の監督や経営者へのインセンティブの付与を報酬決定の性質と解し、取締役会の監督機能や取締役の職務の評価機能を重視すると、かかる監督機能や評価機能に関して、会社と取締役会自体との間には本来的に利害の対立はないとして、報酬を受ける取締役を含めて特別利害関係が否定され则认为することも可

場合、株主総会における特別利害関係の有無についても問題となるが、少なくとも昭和初期から昭和30年代初頭にかけて、判例法理として確立していたとまでは言い難い。

45) 報酬規制の趣旨や報酬決定の性質ではなく、報酬決定に関する特別利害関係取締役の議決権行使規制の趣旨という観点からすると、取締役会において各取締役の報酬額の決定を特定の取締役に再一任することは、取締役会自体において各取締役の報酬額を決定するよりも、決議の公正が担保されるという側面があるということもできる。

46) 矢沢淳「取締役の報酬の法的規制」『企業法の諸問題』（商事法務研究会、1981年〔初出1961年〕）225頁、244頁。

能である。⁴⁷⁾つまり、報酬決定特別利害関係否定の法理の論拠は、一概に論じることができない。

② 決定された報酬額に関する判例

次に、決定された取締役の個別の報酬額に関する判例としては、いったん確定的に発生した具体的な報酬請求権は、各取締役の同意がない限り、取締役会決議によっても減額又は剥奪しえないとする法理がある。⁴⁸⁾昭和31年最判がこれにあたり、その原審たる前掲載名古屋高金沢支判昭和29年11月22日も「およそ会社が取締役に対して支払う報酬は、取締役が会社の業務を執行したことの対価として受けるもので会社と当該取締役との間に結ばれる契約に基くとみるべきものであるから、一旦具体的に定められた報酬の額は当該取締役の同意がない限り、会社はこれを後日にいたつて一方的に減額することは許されないものといわなければならない。」と判示した。⁴⁹⁾

なお、決定された取締役の個別の報酬額に関するその他の判例としては、昭和4年大判がある。これは、取締役の報酬額の決定を「相当なる範囲に於て」取締役会に一任したと解されることなどを理由として、取締役たる頭取及び副頭取の報酬金額は取締役会が定めるとした定款を有効としたものであり、決定された取締役の個別の報酬額が報酬としての相当性、すなわち職務の対価性を有しているか否かについて、裁判所が訴訟を通じて審査することを認めたものであると解する余地がある。⁵⁰⁾

しかし、前述のとおり、昭和4年大判は、昭和5年4月大判などに見られる

47) なお、これはあくまでも取締役会において各取締役の報酬額を決定する場合の特別利害関係の有無に関するものであって、取締役会における代表取締役等への再一任決議についてではない。

48) 矢沢・前注46) 244頁。

49) ただし、矢沢・前注46) 244頁において指摘されているとおり、前注41) 大判昭和7年6月10日は、いったん重役会において決定された報酬額を変更する場合も、「重役多数の意思に従えば足り敢て重役全員の同意を要せず」と判示しており、昭和31年最判と矛盾する。もっとも、この大審院判決の事案は、重役会において原告に対しては報酬の支給がなされなかった事案であり、確定的に発生した具体的な報酬請求権がそもそも存在しない場合であって、これを減額又は剥奪する事案ではないため、両者は矛盾しないと解することもできる。

50) 矢沢・前注46) 229頁。

限度額確定の法理によって否定されたことに鑑みると、昭和4年大判をもって、裁判所が訴訟を通じて取締役の報酬の相当性を審査することができるとする法理が形成された⁵¹⁾ということとはできない。

(本学法学部非常勤講師)

51) 矢沢・前注 46) 228-229 頁は、昭和4年大判は、報酬の額の相当性については株主の自主的な判断に委ねるとする商法の立場からして正当ではないとする。

〈研究ノート〉

明治期における禁婚親族規定の制定過程

— 伺などを素材として（５） —

南 方 暁

目 次

Ⅰ．はじめに

Ⅱ．「伺」に見られる傾向の概要

Ⅱ.1. 「伺」と回答などの内訳

Ⅱ.2. 「伺」の分析に関する課題

Ⅱ.3. 検討した「伺」の概要

Ⅲ．直系の関係にある者に関する「伺」と回答

Ⅲ.1. 直系血族間の婚姻に関する「伺」と判断

Ⅲ.1.1. 直系血族間の婚姻に関する事例

Ⅲ.1.2. 養子縁組による親子・祖父母孫との婚姻に関する事例

Ⅲ.2. 直系姻族間の婚姻に関する「伺」と判断

Ⅲ.3. 小括

(第49巻3号)

Ⅳ．兄弟姉妹間の婚姻に関する「伺」と回答

Ⅳ.1. 血縁ある兄弟姉妹間の婚姻に関する「伺」と判断

Ⅳ.2. 養子縁組を介する兄弟姉妹間の婚姻に関する「伺」と判断

Ⅳ.3. 親の婚姻を介する兄弟姉妹の婚姻に関する「伺」と判断

Ⅳ.4. 養子の傍系血族との婚姻に関する「伺」と判断

Ⅳ.5. 小括

(第50巻1号)

Ⅴ．オジオバ・オイメイ間の婚姻に関する「伺」と回答

Ⅴ.1. 血縁あるオジオバ・オイメイ間の婚姻に関する「伺」と判断

Ⅴ.1.1. 婚姻を認める事例

Ⅴ.1.2. 婚姻を認めない事例

(第50巻2号)

Ⅴ.2. 血縁のないオジオバ・オイメイ間の婚姻に関する「伺」と判断

Ⅴ.2.1. 養子縁組を介する事例

Ⅴ.2.2. 継親を介する事例

Ⅴ.2.3. オジオバ・オイメイの元配偶者などの事例

Ⅴ.3. 小括

(第50巻3号)

Ⅵ．傍系姻族間の婚姻に関する「伺」と回答

Ⅵ.1. 傍系姻族間の婚姻の形態

VI.2. 元妻の姉妹との婚姻に関する「伺」と判断

VI.2.1. 婚姻を認める事例

VI.2.2. 離別と死別の扱い

VI.3. 元夫の兄弟との婚姻に関する「伺」と判断

VI.3.1. 元夫の兄弟との婚姻の概要

VI.3.2. 婚姻を認める事例

VI.3.3. 婚姻を認めない事例

VI.3.4. 養兄弟の関係にある者の事例

VI.3.5. 離別と死別の扱い

VI.4. 小括

VII. その他の近親者との婚姻に関する「伺」と回答

VII.1. 直系姻族の血族との婚姻に関する「伺」と判断

VII.2. 血縁あるイトコとの婚姻に関する「伺」と判断

VII.3. 兄弟姉妹の配偶者の血族との婚姻に関する「伺」と判断

VII.4. 小括

VIII. むすび

(本号)

VI. 傍系姻族間の婚姻に関する「伺」と回答

VI.1 傍系姻族間の婚姻の形態

傍系姻族間の婚姻に関する「伺」は、本稿では①元配偶者の実兄弟姉妹、②元配偶者の養兄弟姉妹、③オジオバ・オイメイの元配偶者、④直系姻族の傍系血族（子どもの配偶者の兄弟姉妹）、⑤その他に分類した（③と④は前号参照）。これらの婚姻をめぐる論点は、①元配偶者との続柄、②元配偶者との関係（養子縁組を介した関係かどうかなど）、③元配偶者とは死別か離別かなどであった。

実兄弟の元妻との婚姻は81件（認めるもの60件、認めないもの17件、その他4件¹⁾）、実姉妹の元夫との婚姻は24件（認めるもの24件²⁾）、養子縁組を介した兄弟の元妻との婚姻は12件（認めるもの6件、認めないもの6件）、養子縁組を介した姉妹の元夫との婚姻についての「伺」はない。

実兄弟の元妻との婚姻を認めるものは明治6年3月3日太政官指令・大蔵省

1) 2件は伺の内容が不明、2件は認否の判断をしていない。

2) 養子が姉妹の一人と婚姻し、婚姻解消後に姉妹の他の一人と婚姻すると養兄弟姉妹間の婚姻となるので近親婚に該当するかが問われた。

伺から明治30年6月25日民刑局長回答・長野縣知事照會まで、認めないものは明治6年5月29日太政官指令・東京府伺から明治24年4月8日民事局回答・秋田縣照會までみられる。養子縁組を介した兄弟の元妻との婚姻を認めるものは明治12年9月15日内務省指令・高知縣伺から明治27年10月26日民刑局長回答・三重縣照會まで、認めないものは明治9年4月5日内務省指令・石川縣伺から明治15年4月11日内務省指令・福井縣伺であり、1件を除いて明治10年代以降は否定するものはない。

VI.2 元妻の姉妹との婚姻に関する「伺」と判断

「伺」は、明治6年8月12日太政官指令・置賜縣伺から明治31年5月（日は欠如）司法省民刑局長・内務省文書課長回答・福岡縣知事照會まで23件ある。元夫の兄弟との婚姻が「骨肉同朋ノ情義ニ於テ甚タ穩當ナラサル所爲」であり「流弊往々極メテ倫理ノ大綱ヲ紊シ終ニ匡正スヘカラサルノ猥雑ヲ醸成ナスヘクト深く顧慮⁴⁾」と言われる一方、元妻の姉妹との婚姻は「古禮ノ禁スル所ニ非ス又民俗ノ慣習ニシテ怪トセサル所⁵⁾」であり「男女ノ差別ニヨリ同視スヘカラサル⁶⁾」との見解がとられた⁷⁾。しかし、その後も離死別を問わず元妻の姉妹との婚姻は、「先妻タリシ長女存命ノモノニテ假令他家ノ養女トナスモ其實姉妹ニ付倫理情誼ニ於テ差許シ難クト相考候」（明治14年5月6日指令・愛知縣伺：離別・生存の事例）、「倫理上不都合」（明治23年4月28日司法大臣指令・長野縣知事

3) 明治31年6月2日民刑局長回答・徳島縣知事問合は、実子が離別した妻と離別後に養子となった者（養弟）との婚姻は不可、養子縁組前に元妻と婚姻させて養子にしても不可とする（元夫生存の事例）。

4) 明治8年12月8日太政官指令・内務省伺（別紙内務省伺明治8年6月29日）。

5) 明治8年12月8日太政官指令・内務省伺（法制局議按）は、江戸時代の藩法では兄弟姉妹の元配偶者との婚姻を許す慣習が長い間認められたとした上で、今後は「一定ノ法ニ服セシメント欲セハ」慣習の如何にかかわらず「理ニ基キ論セサルヲ得ス」として国家法と慣習との関係に言及する。

6) 明治9年9月14日太政官指令・内務省伺。

7) 「法制局議按」（明治9年9月14日太政官指令・内務省伺に添付）は、法律成文がない場合には理論にのみこだわらず慣習人情および古礼旧制に基づくとし、嫂と弟は接近を禁ずる儒教の教えに触れる（「嫂叔不通問」については竹内照夫（1971年）『新釈漢文大系27 礼記上（曲禮上）』明治書院30頁）。なお、同時に「夫婦ノ間ニ於テハ其權限ニ差等アルモ倫理上ニ於テハ豈差等立ルノ理アラシヤ」として男女とも同じく扱うべきとの見解もあった（同議按第1科）。

伺：離別の事例）などを理由として疑念は残されていた。

VI. 2. 1 婚姻を認める事例

「伺」では申立理由として、血統の継続など家の存続（明治14年5月6日指令・愛知縣伺など）、親の世話や遺児の養育など家庭生活の安定（明治22年4月22日司法大臣指令・長野縣知事伺など）⁸⁾、経済生活を維持する必要（明治23年3月29日司法大臣指令・長野縣知事伺）などが挙げられていた。

婚姻を認めるには、元妻の姉妹を他家に養女に出す（明治6年8月12日太政官指令・置賜縣伺など）、元妻が死亡している（明治10年9月24日内務省指令・山梨縣伺）、やむを得ない事情がある（明治22年1月11日司法大臣指令・長野縣知事伺など）⁹⁾または特別の事情がある（明治26年6月28日民刑局長回答・長崎縣問合など）などの条件が付されている。なお、元妻の夫が養子または婿養子の事例が19件みられ元妻の実家から妹を妻として迎える事例は少ない。

VI. 2. 2 離別と死別の扱い、

離死別に言及するものは、離別が10件¹⁰⁾、死別が13件ある。離別した上は元妻が生存中でも婚姻を認めるとされたが（明治11年12月14日内務省指令・三重縣伺）¹¹⁾、妻となる者を他家に養女に出すという条件が求められている（明治13年8月30日内務省指令・岡山縣伺など）¹²⁾。また、死別の場合も同様に扱われるなど（明治6年8月27日太政官指令・廣島縣伺など）、離死別は婚姻成立を阻止する事由として重視されていない。なお、養子が戸主になっている場合、妻

8) 明治23年5月2日司法大臣指令・長野縣知事伺の添付別紙には「老父母及小兒ヲ携へ家事ノ不都合不尠…至急後妻ヲ娶ラント欲シ所々搜索致候得共何分小兒ノ多キヲ憂ヒ相当ノ者無之…殊ニ小兒等モ大ニ同人ヲシタヒ候」と寡夫の生活困難が記されている。

9) 養子と元妻の妹との婚姻は「倫理上不都合」ではあるが、①養家の血統断絶の恐れがある、②元妻との間に子どもがいない、③元妻は他家に「縁付」ているなどの事情を「事情止ムヲ得サルモノ」とする（明治23年4月28日司法大臣指令・長野縣知事伺）。

10) 伺の段階では元配偶者が生存している事例のみである。

11) 明治16年6月15日内務省指令・新潟縣伺は、姉の入婿で戸主となった者が姉と離婚した場合、姉が存命かつ同居のままで妹を他家の養女とすれば婚姻を認める。

12) 婿養子が長女と離婚後に次女を他出させても、①次女と婿養子は養兄妹の関係であり「不倫ノ嫌アルヲ免レサル」、②他家の養女となった次女が実家に婚姻入籍した場合、戸籍上「養子ノ婦」となるので実父母との続柄が不正確になるとの疑問が出されている（明治28年2月12日民刑局長回答・京都府問合）。

になる者を他家に養女にだす、養子が戸主になる前であれば養子を離縁復籍することによって婚姻が可能とされた（明治31年5月日欠如：司法省民刑局長・内務省文書課長回答・福岡縣知事照會）。

元妻の姉妹との婚姻は、①血縁がない、②家の存続に必要である、③妹は下位の続柄なので家の縦の秩序を侵害しない、④姉は上位の続柄にあるが男女は別扱いにするとして家の縦の秩序を侵害しないとの見解がとられた。

VI.3 元夫の兄弟との婚姻に関する「伺」と判断

VI.3.1 元夫の兄弟との婚姻の概要

明治6年3月3日太政官指令・大蔵省伺から明治30年6月25日民刑局長回答・長野縣知事照會まで総数81件の「伺」は、認めないもの17件（明治6年5月29日太政官指令・東京府伺から明治24年4月8日民事局回答・秋田縣照會まで）、認めるもの60件（明治6年3月3日太政官指令・大蔵省伺から明治30年6月25日民刑局長回答・長野縣知事照會）となっている。そして51件が明治15年6月17日太政官指令・内務省伺から明治23年6月20日司法内務両大臣指令・愛知縣知事代理書記官伺にみられ、明治19年には20件と集中する一方、明治24年以降は9件と減少している。元妻の姉妹との婚姻に比べ「伺」数は3倍に近く、その中でも死別事例が64件と多数を占めている。

明治8年12月8日太政官指令・内務省伺は、元夫の兄弟との婚姻が家における縦の秩序を混乱させる¹³⁾として認めないとしたが、その後も、家の継続（明治19年11月4日司法省指令・大分縣伺など）、家業の維持（明治19年12月22日司法省指令・福井縣伺など）、家族の世話など家庭生活の維持（明治19年5月25日司法省指令・島根縣伺など）、貧困（明治15年6月17日太政官指令・内務省伺など）、事実上の婚姻生活の存在（明治12年4月26日内務省指令・廣島縣伺など）、「既往ノ分ハ問ハサルニ措ク」（明治11年1月17日主体未記載・山梨縣伺など）などを理由として婚姻許可に関する「伺」が出された。明治8年の太政官指令にもかかわらず、婚姻許可の事例は多くみられるが、家に関する倫

13) すでに他家に養子となっている兄弟を含む（明治7年9月23日決裁（太政官）・静岡縣伺）。

14) 「悖倫」（悖徳没倫）の問題として解されている（明治29年1月24日指令・岐阜縣伺参照）。

理について問題が残るとして条件付けで認めるという姿勢は明治31年法まで続いた。¹⁴⁾

VI. 3. 2 認める事例

婚姻を認める多くの事例では、元妻が実家に復籍¹⁵⁾（明治7年4月20日太政官指令・埼玉縣伺など）または他出（明治15年6月17日太政官指令・内務省伺など）¹⁶⁾することにより婚家との関係が消滅すること、「既往ノ分ハ問ハサルニ措ク」として事実上の婚姻が存在すること（明治11年1月17日主体未記載・山梨縣伺など）、「事情不得止モノ」（明治12年4月26日内務省指令・廣島縣伺など）や「至重ノ事故」の存在（明治16年12月20日内務省訓示など）などが条件とされている。また、元夫の子どもを懐胎していない証明を求める事例が3件ある（明治19年4月29日司法省指令・岩手縣伺など）¹⁷⁾。なお、明治31年法制定前の慣行では、寡婦は亡夫の親と養父母養女の関係があると解されていたので生家に復籍して（生家復籍）養親子関係を切断した上で再婚する必要があった。¹⁸⁾

VI. 3. 3 認めない事例

明治8年12月8日太政官指令における内務省の伺は、妻を離別後に死亡した者の弟と元妻との婚姻について、「從來我國民ノ陋習ニシテ倫理ノ何ニタルヲ明辨セサルヨリ恬トシテ怪シマサルモノ許多」あり、「骨肉同胞ノ情義ニ於テ其穩当ナラサル所爲ト存候故サラニ其流弊往々極メテ倫理ノ大綱ヲ紊タシ終ニ匡正ス可ラサルノ猥雑ヲ釀成ナス可ト深ク顧慮」し、西欧法にもその例はないと解

15) 妻を離縁復籍させると「親屬ノ名分斷絶」となる（明治6年3月3日太政官指令・大蔵省伺など）。

16) 添付された「参事院議案」は「倫理上ヨリ之ヲ論スレハ其不相成」としながら「情實不得已ニ出ツルモノニシテ且ツ此等ノコトノ如キハ我邦僻陋ノ地ニ於テハ普通ノ慣例ニシテ一般民法御制定ノ期マテハ舊ノ如ク」と婚姻を認めるとする。なお、明治12年4月26日内務省指令・廣島縣伺では「骨肉ノ情義ニ於テ不相成筋」だが「既ニ實際夫婦ノ縁ヲ結ヒ候上ハ今更引直ニ不及候」「其夫婦ノ情緣固結否ヲ問ハス互ニ分離セシメ其子ハ私生ノ処分ニ付シ可然歟」として実情にあう判断に言及する。

17) 亡夫の子どもは家を承継できるので懐胎について言及された。また、懐胎している場合、母の婚姻により生じる関係が父子関係かオジ・オイメイ関係か続柄の混乱をもたらす問題もあった。

18) 高柳真三（1953年）『法学理論篇 83・明治家族法史』日本評論社 48頁。

していた。ただし、家系や財産確保のためにやむを得ない場合には「眞偽ヲ取
糺テ許」す例外については触れていた。太政官指令は、詳細に触れずに元夫の
弟との婚姻、「先夫ノ伯叔父タリシ者」との婚姻は不可とした。

この指令以降、遺妻を復籍させても認めない（明治11年3月11日内務省指
令・千葉縣伺）、家の承継者がいなくなっても認めない（明治12年12月25日
内務省指令・新潟縣伺）、離別した元夫が存命中は認めない（明治24年4月8
日民事局回答・秋田縣照會）、また亡兄の遺妻は「亡夫ノ跡ヲ相續シタル婦人」
（戸主）となるので直ちに実弟を後夫とするのは認めないとしたものもある（明
治19年11月4日司法省指令・大分縣伺など¹⁹⁾）。

VI. 3. 4 養兄弟の関係にある者の事例

長男が実子、次男が養子の場合、長男死亡後に遺妻を実家へ復籍させても次
男との婚姻は認めない（明治12年1月29日内務省指令・青森縣伺など）、亡養
子の遺妻が復籍しており、また亡養子と実子は「肉縁ノ兄弟」ではなくとも実
子との婚姻は認められない（明治13年5月24日内務省指令・愛媛縣伺）など
否定する事例が10年代まではみられた²⁰⁾。

他方、亡長男の遺妻に婿養子をとる場合、親である戸主からみると長男と婿
養子は兄弟となり遺妻は「一婦ニシテ兄弟ノ妻タルノ名義ヲ帶フルニ至リ不都
合」だが遺妻を離縁復籍する（明治12年9月15日内務省指令・高知縣伺など）、
遺妻を実家復籍の上で養女とする（明治20年7月9日指令・福島縣伺²¹⁾）、
「出願
充許」がある（明治20年1月17日回答・島根縣問合）などが条件とされ認め
られていた。

VI. 4 小 括

元配偶者の兄弟姉妹との婚姻では、①家における縦の秩序を乱すとして原則

19) 本件では、子どもが幼く後夫を迎えて家を維持したいが「赤貧ノ者」のため養子の見
込みがなく一家浮沈の瀬戸際でもあり、親族協議のうえで実弟を後夫に決めたとする。
亡夫は35歳、遺妻は27歳、実弟は29歳、4月に夫が死亡、9月には再婚の願書が出て
いる。

20) なお、明治31年6月2日民刑局長回答・徳島縣知事問合は元夫の生存中は婚姻を認め
ない。

21) 本件は、遺妻のままでは婚姻は認められないとして養女とすると解したが当時の慣行
との関係で疑問が残る（注18参照）。

認めない、②元妻の姉妹との婚姻は認める、③元夫の兄弟との婚姻については解釈の変化がみられる、④認める場合には当事者の一方が他出するなどの条件が付けられる、⑤明治10年代後半から解釈が緩くなり容認する方向に向かう、²²⁾⑥当事者が家を同じくするかどうか重視される、などの特徴がみられた。

Ⅶ. その他の近親者との婚姻に関する「伺」と回答

Ⅶ.1 直系姻族の血族との婚姻に関する「伺」と判断

直系姻族の兄弟姉妹との婚姻に関する「伺」は5件あり、すべて婚姻は認められていない（申立理由は「伺」に記されていないので不明である）。認めない理由は、息子の妻または娘の夫の姉妹との婚姻によって子どもとは兄弟姉妹の関係となり「尊卑ノ名分ヲ亂リ且佛國民法ニモ宗系ノ姻屬ハ婚姻ヲ禁スト有之」（明治9年3月30日太政官指令・内務省伺など）、夫の妹と実父が婚姻すると妹は義妹かつ継母になるので「穩當ナラサル義」である（明治20年1月14日指令・埼玉縣伺）などである。なお、明治13年1月15日太政官指令・内務省伺の添付資料によると、内務省は明治9年3月12日に伺を出しており、尊卑の秩序の混乱とフランス民法でも禁止されていることに触れて婚姻を認めないと解し、太政官も明治9年3月30日に「伺ノ通」としていた。しかし、内務省は明治12年10月7日に、①調査検討が不十分であったこと、②「尊視」すべき者である兄姉との婚姻は「尊卑ノ名分ヲ亂ルトモ難申」として婚姻を認めてもよいのではないかと伺を立てた。一方、太政官「法制部議案」（明治12年12月5日）²⁴⁾は、①フランス民法を再調査したところ「姻屬禁婚ノ限りニハ無之且兄姉ヲ父母ト尊視スル如キハ強チ名分ノ紊亂トモナシ難シ」、②子どもは妻の姉が父

22) 向井健（1957年）「明治期の逆縁婚」法制史研究7号126頁、山中永之佑（1988年）『日本近代国家の形成と「家」制度』日本評論社222頁参照。

23) 伺では「父其子ノ妻ノ姉妹…父母其女婿ノ姉妹兄弟」と分けており息子と娘では扱いが異なる。

24) 太政官法制部は明治13年3月に設置され明治14年に廃止された（笠原英彦「参事院関係公文書の検討 — 参事院関係公文書の検討 —」法學研究71巻1号187頁）とする
と日付に疑問が残る。

の妻となれば義姉を継母と尊視することになる、しかし、③子どもの妻は継母となった者の妹なので妻は継母の妹＝オバに当たり結果的には子ども夫婦がオバオイ婚になってしまう、④オバオイは「清律婚姻ノ部」では婚姻が禁じられ刑事罰の対象となる、⑤改定律例第261条は母の姉妹及び兄弟の妻を姦するものは懲役二年とするが嫡母継母の姉妹についての規定はない、しかし関係条文との「権衡」を考えると嫡母継母の姉妹も結婚を許してはならないと論じている。そして、習慣で改めにくいところは「沿習」に任せるべきであるが、「風紀倫理ヲ頹敗スルニ近キモノハ必スシモ習慣ニ任セ置ヘキニアラス」「民法御制定迄ハ公許無之方可然」としている。最終的な結論は民法に委ねるとされているが、他の近親者間の婚姻規制と同様に、血縁という自然的な事由よりも家内部での縦の秩序維持が重視されていた。

VII.2 血縁あるイトコとの婚姻に関する「伺」と判断

血縁あるイトコとの婚姻は条件に触れずに認めるもの3件、条件を付すもの1件がある。申立理由が明記されたたものはないが、家の承継のためと思われるものがある（明治6年10月31日太政官指令・福岡縣伺）。

従妹を他家へ養女に出す（明治6年10月31日太政官指令・福岡縣伺）、旧来の風習であり犯姦律親族相姦にも相当しない（明治8年12月15日内務省指令・茨城縣伺）、「當縣下ニ於テモ亦從來ノ風習其儘差置候」とするが、イトコ間では尊卑の区別は問われない（明治14年6月15日内務省指令・岩手縣伺）などとして婚姻は認められている。

VII.3 兄弟姉妹の配偶者の血族との婚姻に関する「伺」と判断

兄弟姉妹の配偶者の血族との婚姻に関する「伺」は認めるもの2件、認めないもの1件の計3件である。申立理由は明らかではないが家の承継と思われるものがある（明治27年5月14日民刑局長警保局長回答・岡山縣照會）。特に条件を付けずに認められている（明治21年6月11日回答・山口縣問合など）。

VII.4 小括

直系姻族の血族との婚姻（子どもの配偶者の兄弟姉妹）、血縁あるイトコとの婚姻、兄弟姉妹の配偶者の血族との婚姻などの事例では、夫婦となる者の間には血縁がないので婚姻が認められてもよいはずであるが、家における縦の秩序維持への考慮は避けられなかった。

VIII. むすび

明治初年から明治31年法制定までの「伺」と回答から判断すると、禁婚親族の範囲は、血縁の存否（遠近）、家の秩序（縦の関係）維持²⁵⁾、同一の家への帰属、家の存続または家族生活の安定に主として焦点が当てられて画定されていた。

直系の親族間の婚姻（自然血族はもとより法定血族や姻族）は、家の縦の秩序維持および同一の家への帰属が、また、直系姻族の兄弟姉妹との婚姻では世代の上下が重視されて近親婚として扱われた。

傍系親族の場合には、血縁、縦の秩序維持、家の同一、家の存続や家族生活の安定という要因が相互に影響して、禁婚親族の範囲画定は複雑である。

世代が異なるオジオバ・オイメイの婚姻は、血縁があっても認められたが後に否定された。社会慣行として血縁あるオジオバ・オイメイの婚姻を認める地域があるにもかかわらず婚姻が否定されたのは、オジオバ・オイメイの血縁の近さと家における縦の秩序維持の要請が強く反映したことによると言える。一方、非血縁のオジオバ・オイメイの婚姻の扱いは、前述の4つの要因が相互に影響して確定した結論に至らなかったと推測される。なお、続柄が縦の関係であるオジオバ・オイメイの元配偶者との婚姻は、血縁あるオジオバ・オイメイの場合と同様に扱われた。また、元配偶者のオジオバ・オイメイは非血縁であり家を同じくしないにもかかわらず明治初年には禁婚親族とされたが²⁸⁾、明治10

25) 社会的身分も家産もない階層と他の社会階層または東北日本の家族と西南日本の家族とが同じように家を認識したか疑問であるが（中尾英俊「日本の家族における東北型と西南型」有地亨・江守五夫代表（1981年）『家族の法と社会』法律文化社480頁）、明治31年法は多様な形態をとっていた家を法的フィクションとしての「家」に創り上げて「家」認識の共有を強行した（川島武宜（1957年）『イデオロギーとしての家族制度』岩波書店46頁-47頁参照）。

26) 「異世代婚」とも言われる（布村一夫（1973年）『日本神話学・神がみの結婚』麦書房310頁）。

27) オイの元妻の場合（5件中3件は認める）、明治23年2月19日司法大臣指令・福島縣知事伺は認め、同年10月1日司法大臣指令・山口縣知事伺は認めない（ただし「随意結婚」は認めないとしており許可を得ればよいと解される）。

28) 明治19年12月14日指令・富山縣伺は実甥の事例で家を同じくすると思われるが婚姻を認める。

年以降、婚姻が否定される事例はみられない。オジオバ・オイメイが家と同じくしたか否かによって判断が異なっただと考えられる。

世代が同じである兄弟姉妹の婚姻規制は複雑であった。血縁ある兄弟姉妹の婚姻は認められなかったが²⁹⁾、非血縁の場合には上下の続柄があっても婚姻は認められた。世代が混乱しないこと、非血縁であること、家から他出させる条件を満たすこと、さらには家の存続や家族生活の安定の必要などが、家における縦の秩序維持の要請に優先したと思われる。

しかし、同じ世代に属する兄弟姉妹の元配偶者との婚姻は非血縁にもかかわらず解釈は一定しなかった。明治初年には認められていたが、家における縦の秩序維持の要請と家と同じくすることが婚姻を認めない理由となった。とりわけ兄の遺妻との婚姻の場合、姉弟（上下）関係に一度なった以上、続柄の混乱を招き家の秩序を乱すと解された。しかし、世代をまたぐ婚姻でないこと、非血縁であること、家の存続や家族生活安定の必要が強く主張されたことなどから条件を付すことで認められるようになっていった。

明治31年法で明確となる禁婚親族の範囲は、家における縦の秩序維持を基本としつつ、血縁の範囲をオジオバ・オイメイまでと限定し、同一の家への帰属を重視し、同時に家の存続や家族生活安定の必要性を受け入れながら画定されたと言えよう。「伺」を通してみられた禁婚親族の範囲と家族に関する明治政府の方針の展開、立法作業の進捗状況、社会の変容などとの関係の検討が今後の課題である。

*訂正とお詫び：①本稿作業開始時に分析枠組および表記方法についての方針が不十分であったため事例の解釈・分類・数値などを修正したこと（訂正表参照）、②引用に誤りがあったこと、③引用部分を途中から旧字で記載したことをお詫びして訂正しておきたい。

29) 明治9年9月11日太政官指令・宮内庁伺は血縁のない者を実妹と届け出た事例。なお、半血として明示された兄弟姉妹に関する「伺」はみられない。

①訂正表

実親子（祖父母などを含む）：0件	—
養親子（祖父母などを含む）：9件	認める1件（条件に触れない）
	認めない：8件
直系姻族（①配偶者の尊属・元妻の親，②尊属の配偶者（父の元妻）③卑属の配偶者，④養子の元配偶者） ¹ ：4件	認めない：4件
実兄弟姉妹：1件 ²	認める：1件
養子縁組による養兄弟姉妹 ³ ：27件	認める：26件：4件（条件に触れない）・22件（条件に触れる）
	認めない：1件
実子・養子と継子：5件	認める：5件：2件（条件に触れない）・3件（条件に触れる）
元夫の実兄弟（実逆縁）：81件 ⁴	認める：60件：2件（条件に触れない）・58件（条件に触れる）
	認めない：17件
元夫の養兄弟（養逆縁）：12件	認める：6件：1件（条件に触れない）・5件（条件に触れる）
	認めない：6件
元妻の実姉妹（実順縁）：24件	認める：24件：3件（条件に触れない）・21件（条件に触れる）
元妻の養姉妹（養順縁）：0件	—
実親の兄弟姉妹など（実オジオバ・オイメイ）：8件 ⁵	認める：2件：2件（条件に触れる）
	認めない：5件
継親の兄弟姉妹など（継オジオバ・オイメイ）：13件	認める：7件：1件（条件に触れない）・6件（条件に触れる）
	認めない：6件
養子縁組を介してのオジオバ・オイメイ：44件 ⁶	認める：29件：1件（条件に触れない）・28件（条件に触れる）
	認めない：14件
元配偶者のオジオバ・オイメイ：5件 ⁷	認める：3件：2件（条件に触れない）・1件（条件に触れる）
	認めない：4件
オジオバ・オイメイの元配偶者 ⁸ ：14件	認める：6件：7件（条件に触れる）
	認めない：8件
兄弟姉妹の配偶者の血族 ⁹ ：3件	認める：2件：2件（条件に触れない）
	認めない：1件
養兄弟姉妹の血族：0件	—

養子の血族（兄弟姉妹）：11 件	認める：9 件：4 件（条件に触れない）・ 5 件（条件に触れる）
	認めない：2 件
血縁あるイトコ：4 件	認める：4 件：3 件（条件に触れない）・ 1 件（条件に触れる）
直系姻族の兄弟姉妹：5 件	認めない：5 件
<p>(注)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 女性は男性とは異なり「元妻」であり「元配偶者」とされていない。 2. 実兄妹と戸籍登録されたが血縁のない事例（明治9年9月11日太政官指令・宮内庁伺）。 3. 明治10年2月7日内務省指令・大坂府伺（継子を養子にした後に実子との婚姻可能かが問われた事例）は養子であることが問われたのでここに入れた。また、明治6年8月27日太政官指令・広島縣伺と明治8年12月4日内務省指令・岩手縣伺は順縁婚の事例は、養兄弟姉妹関係に重きが置かれていると解してここに分類し、明治8年2月12日太政官指令・東京府伺は特に触れていないので養兄弟姉妹・順縁婚双方に分類した。 4. 結論のない4件（明治10年10月20日主体未記載・和歌山縣伺、明治10年11月6日主体未記載・島根縣伺、明治21年4月2日指令・長野縣伺、明治24年3月24日内務省回答・秋田縣照會）を加えると81件になる。 5. 1件は処罰のみに触れるので実質判断は7件となる。 6. 結論のない1件（明治9年5月2日内務省指令・岐阜縣伺）を加えると44件になる。 7. オジオイとオバメイの扱いが異なるために件数が7件となっている。 8. 養子縁組を介するオジオバ・オイメイの元配偶者を含む。 9. 兄が姉と弟が妹と婚姻して特殊な姻族関係が生じた事例（明治21年6月11日回答・山口縣問合、明治27年5月14日民刑局長警保局長回答・岡山縣照會）。 	

②第49巻3号注17の「民法人事篇（旧民法）は」を「民法人事篇第一草案は」と訂正する。

一九九 越後國蒲原郡三日市陣屋長屋方出火、右長屋并門共一棟燒失仕候、家中召仕男壹人燒失仕、外二怪我等無御座候、此段御届申上候例（寛政十二申年）

越候、此段申上候例（寛政八辰年十一月）

一九三 上州群馬郡中仙道往還倉賀野宿上町と申處より出火、家數三十八間焼失、火鎮申候、人馬怪我等無御座候、驛場之儀故此段御届申上候例（寛政四子年四月五日）

一九四 豊後國臼杵三ノ曲輪既中間長屋より出火之處、火鎮申候、城内無別狀人馬怪我無御座候、此段御届申上候例（天明四辰年正月廿六日）

一九五 豫州松山居城雷火ニ而本丸焼失仕、火鎮申候、委細之儀ハ未タ不相越申候ニ付、追々御届可申上候、先此段御届申上候例（天明四辰年正月元日）

一九六 野州足利居處裡門番人休息所より出火、表門、續長屋一棟并裏門一ヶ處焼失、火鎮申候、住居向其外別條無御座、人馬怪我等無御座候、此段御届申上候（天明六午年七月七日）

一九七 出羽國山形城内 御朱印地正樂寺物置より出火、一寺不殘焼失并寺内百姓家一軒焼失仕候、尙委細之儀ハ追而可申上候得共、先此段御届申上候例（天明六午年五月十八日）

一九八 領分東風吹募、次第浪高く夜中大荒ニ罷成、難船、破船、海邊流家溺死人数、家藏破損ニ付御届申上候例（寛政十二申年）

一八六 信州上田城内住居之臺所脇より出火、居所不殘并厩具外長屋壹棟焼失、致消火候段申越候、本丸二ノ丸堀櫓等無別條、人馬怪我無御座候、右之段御届申上候例（寛政元酉年閏六月十九日）

一八七 丹後國田邊城内二ノ丸侍屋敷より出火、侍屋敷貳軒焼失、火鎖申候、右之外類焼并人馬怪我無御座候、小火三御座候得共城内之儀故此段御届申上候（寛政三亥年正月十三日）

一八八 在所出羽國山形郡城内三ノ丸内家來差置候長屋物置より出火之處、早速火鎖申候、城内之儀故此段御届候例（寛政三亥年正月廿七日）

一八九 在所館林城内侍屋敷出火、壹軒焼失仕火鎖申候、人馬怪我無御座候、城内之儀三付此段御届申上候例（寛政三亥年七月十五日）

一九〇 知行所寺院内、大雨ニ付山崩荒所御届申上候例（寛政三亥年七月）

一九一 領分上野國館林大雨降續、利根川、渡良瀬川、谷田川満水仕候得共、城内別條無御座候、尤、人馬怪我有無并流屋、潰家等之儀未タ相知不申候、猶破損宅等之儀ハ追而可申上候得共、先此段申上候例（寛政三亥年八月十二日）

一九二 野州宇都宮城下禪宗光明寺自火ニ而本堂、庫裡不殘焼失仕候、右御朱印も焼失仕候旨相届候段在所より申

候ハ、可訴出旨申渡候、此段御届申上候例（天明八申年七月廿日）

一八〇 百姓共追々寄集候旨相聞得候、騒動仕候程之儀ニも無御座候得共、百姓凡貳三百人程も寄集候事故、此段入御聽候例（天明八申年八月十五日）

一八一 風雨有之候處、夜四ツ時分龍卷候由ニ而、百姓家潰二軒内壹軒出火ニ而消失即死男壹人有之、町家潰壹軒其外人馬怪我無之候、城内別條無之旨在所々申越候ニ付、此段御届申上候例（天明八申年七月廿一日）

一八二 領分内之村所々山崩ニ而、石泥砂等押出川ニ出水ニ而、兩年度之普請所流失之場所相糺候例（天明八申年九月廿二日）

一八三 浪人鉢之者三人相越及狼藉候ニ付、村中ニ而三人共擲捕注進申出候間、早速役人差出城下江呼出遂吟味候所、右浪人共相糺候處、出所之儀ハ及白狀不申候、相手死去等も有之候ニ付、右之者共取計之儀如何可仕候哉、此段奉伺候例（寛政十二申年）

一八四 百姓猪鹿獵として罷出候處、木ニ登り居候百姓ヲ猿と心得鐵砲ニ而打殺申候、遺恨等も無御座全過ニ而御座候、此段申上候例（寛政十二申年）

一八五 常陸國土浦城下町家々出火、火鎮申候得共、往還之儀ニも御座候間御届申上候例（寛政二戌年正月晦日）

一七四 農村之者後家木綿袷表壹匁買取置候、右ハ盜賊盜取候品之内ニ候、然處、右躰他所之引合在之難相糺座候、於奉行所吟味有之様仕度、此段奉願上候例（天明七未年八月廿二日）

一七五 領分寺院從前々 御朱印頂戴仕罷在候、此度御改之儀被 仰出候ニ付、其段申渡承知仕請書等差出申候處、色々利害申聞候得共書付差出不申候、惣而平日も領主ヲ蔑ニ仕候様子相見得候、依之、於奉行所吟味有之候様仕度奉存候例（天明七年未年十月）

一七六 百姓方江盜賊這入金錢、衣類、雜物等被盜取候段訴出候ニ付領内吟味申付候處、盜賊之風聞有之候ニ付召捕相糺處、他所之引合在之難相糺御座候、於奉行所吟味有之候様仕度奉存候例（天明八申年正月十八日）

一七七 京都建仁寺町々出火之處、南風至而烈敷及大火候ニ付、人數差登候様京都屋敷江差置候家來共々在所江注進申越候、未タ火鎮不申候得共在所此段申越候間、先御届申上候例（天明八申年二月六日）

一七八 百姓及同人倅、領内相構村拂申付、三奉行江御届も致置候所、近村江對し彼是難澁等申掛難儀之旨近村之者共申出候、當時兩人他領致住居難相糺候間、於奉行所吟味有之候様仕度奉存候、此段申上候例（天明七未年十二月廿五日）

一七九 御朱印地眞言宗寺院江盜賊十人程拔身ヲ持押込、召使男不捕置金子在處相尋候内、住寺村方山王祭禮之大鼓ヲ打立候ニ付、村方之者共集候内盜賊共驚早速逃去、脇指壹腰右盜賊共取落候、此上若盜賊之手掛も御座

一六八 武州領分去秋水腐等ニ而、家來扶持方米不足ニ御座候處、御當地ニ而調入出來不申、此節必至と差支難儀仕候、右ニ付羽州山形領分去年年貢米此節引取申度候例（天明七未年六月二日）

一六九 此節米穀高直ニ付、在所上州高崎近領下仁田邊ニ而、何者共不相知大勢相集り米屋を打潰候由、然處、城下新町と申處江、米屋と名差候怪敷張紙等有之由、右ニ付廻等入念申付候段在所家來共る申越候ニ付、風聞義ニハ御座候得共、此段御届申上候例（天明七未年六月）

一七〇 村々百姓共相集り騒立候ニ付、家居少々打破り引取候段在所家來共る申越候、委細之儀不相知候得共先申上候例（天明七未年六月十九日）

一七一 村々百姓共相集り騒立候ニ付、防爲用意近邊最寄ニ付、他家之家來方迄在所家來共る人數差出候様相頼遣候例（天明七未年六月）

一七二 百姓共大勢集り、異變之牀難計候處、彌人數ニ相成、陣屋江も可相寄様子ニ付、右之段在所役人共る申越候ニ付、先此段御届申上候、尤、相鎮人數引取候ハ、尙又可申上候例（天明七未年）

一七三 領分之内、津出不宜場處ニ而年々廻米不仕候、然處、當年御當地米高直ニ而家來中扶持米難澁仕候、處替初而之儀ニ付、此段御届申上候例（天明七未年七月廿三日）

一六二 盜賊御勘定方家來衣類等盜取候、右盜賊領分ニ捕置申候、他領引合之者ニ御座候ニ付如何可仕哉、此段奉伺候例（天明七未年二月五日）

一六三 盜賊之沙汰御座候ニ付、火之元盜賊之用心別而諸役所江申付置候處、怪敷無宿兩人召捕候ニ付相尋候、他領之引合も有之、於奉行所吟味有之候様仕度、此段申上候例（天明七未年二月廿七日）

一六四 無宿之者共領分之外所々他處之盜も相聞得、其上他領出生之無宿も有之私方ニ而難相糺御座候、依之、於奉行所吟味有之候様仕度奉存候、此段申上候例（天明七未年三月十日）

一六五 廿二、三才位と相見得候旅人躰之男手疵倒死罷有候旨、村役人申出候ニ付、早速役人共罷越致見分候處、數ヶ處手疵負相果罷在候、何者之仕業候哉相知不申雜物品々有之、變死人之儀ニ付先此段御届申上候例（天明七未年三月七日）

一六六 中山道往還通る十五間程脇ニ、手疵負相果罷在候旅人有之候、在所役人共申越候ニ付、此段届申候例（天明七未年三月廿七日）

一六七 何者共不知凡男女五百人程押込、百姓四人之賣物奪取候、此之後も右躰之者罷越候ハ、百姓共申合隨分相防可申候得共、大勢罷越手ニ餘候ハ、怪我等爲仕候而も不苦候間、相防候様可申付候哉、此段奉伺候例（天明七未年六月二日）

一五六 私領分信州埴科郡松代并矢代、更級郡丹波嶋、水内郡善光寺、高井郡川田、福島、仁禮、水内郡新田、右都合八ヶ驛之儀、延寶三卯年、元祿三年、寶永四亥年中山道宿方増錢被仰付候而、右八ヶ驛増錢有之候例も御座候間、七ヶ年之内人馬賃錢二割増申付候様仕度、此段奉伺候例（天明六年六月）

一五七 百姓病死仕候ニ付、領分内寺境之内江取置候ニ付、百姓共穴掘候處、壺壹ッ掘出郷方改所江取上吟味爲仕候例（天明六年二月八日）

一五八 百姓被打殺候處、他領引合之儀ニ御座候間、於奉行所吟味御座候様仕度奉存候、此段申上候例（天明六年六月十四日）

一五九 町人之者共脇差を拔振廻及騷動、於領分他領之者死失之儀ニ御座候間、奉行所江御吟味相願候由ニ御座候、此段御届申上候例（天明六年六月十五日）

一六〇 村々百姓共願之筋在之及徒黨騒立、同國倉鋪陣屋江及強訴候ニ付、利害申聞候得共不相鎮及不届候、依之、人數早々差出取鎮候様申越候例（天明七年正月十二日）

一六一 船頭廻米貳拾五俵盜取、町家之者江賣渡候、町家之者引合之儀御座候間、於奉行所御吟味御座候様仕度、此段申上候例（天明六年十二月）

一五〇 百姓之妻出產男子壹人、女子貳人出生仕候、此段御届申上候例（天明六年七月九日）

一五一 信州佐久郡平林村天臺宗千手院之義、住持榮俊老衰ニ付、東叡山明靜院ニ相勤居候法泉ハ榮俊弟子ニ付、右江後住相讓度段仕來之通東叡山江相願候處、弟子讓之御聞濟無之、御門主様御内御内佛殿役僧圓智院ヲ住職被 仰付、於奉行所吟味在之候様仕度奉願候例（天明六年七月廿三日）

一五二 伊勢國神戸城下曲輪堀之内水前々々田地用水ニも用來候處、葭、眞菰、藻草等生茂、平日水行差滯申候處、草根取除、水除相成候様連々仕度奉存候、尤、堀滲之譯ニ而ハ曾而無御座候得共、堀之内少々人足も入候ニ付此段申上置候例（天明六年七月廿三日）

一五三 初而被下御暇近日出立仕候、在所罷在候内、領分寺院先祖之菩提處參詣仕度奉存候、他領も罷通領分江一宿仕候儀も可有御座候、此段相成候儀ニ御座候ハ、右之通仕度奉伺候例（天明六年九月廿一日）

一五四 百姓酒造桶買仕候處、何方之者共不相知大勢亂入仕、本宅并土藏建具、疊、家財雜具、酒桶等悉打破引取候段届出候ニ付、早速家來差遣相改候處、訴出候通相違無御座候、此段御届申上候例（天明六年閏十月朔日）

一五五 御朱印地曹洞宗僧侶、何者之仕業ニ候哉ヲノニ而深手被爲負落命致候、右一件他領之百姓加候儀ニ付、
 紀二ハ難相成御座候間、於奉行所吟味御座候様仕度、此段申上候例（天明六年四月十六日）

一四四 百姓新兵衛と申者、新右衛門と申者之方江夜忍入及殺害候、他領引合之者故於奉行處吟味有之候様仕度例（天明五巳年二月二日）

一四五 組頭清藏召仕忠右衛門儀、百姓幸七と申者及殺害逃去候ヲ捕置候旨訴出候ニ付、三給ニ而立合死骸見届一通相糺候處、右之通他領引合も在之吟味難仕御座候間、於奉行所吟味在之候様仕度此段申上候例（天明五巳年正月十三日）

一四六 船頭長次郎と申者、他處江罷越盜物賣拂金子雜物等預置、先々掛合御座候儀ニ付、於奉行所吟味在之候様仕度、此段申上候例（天明五巳年三月）

一四七 村々百姓共致徒黨、強訴不相鎮及不届候ニ付、早々人數差出候様鎮候様申越候ニ付、一番手人數差出候旨、在所家來共る申越候、此段御届申上候例（天明四辰年十月十九日）

一四八 丈ヶ四尺壹寸拾歳位之かふりした黒馬一匹繫置候を村役人見附、組頭方江牽參養置、早速建札仕隣村へも相尋候へ共、主相知不申旨訴出申候、如何取計可申哉奉伺候例（天明六丙午年正月六日）

一四九 初而被下御暇近日發足仕候、在所ニ罷在候之内領分巡見仕度奉存候、城下ゝ程遠く場所ハ他領も罷通、領分江止宿仕候儀も可有御座候様仕度奉伺候例（天明五巳年九月）

一三八 致盜賊候者ニ付、他領引合之者相聞得不申候、抱合之者共迄領分内之者共ニ御座候間仕置可申哉、此段奉伺候例（天明四辰年七月五日）

一三九 館林城地普請之儀、高祖父右近將監以來度々奉伺、御下知被仰出候通數年連々普請申付來候、彌以此已後共普請申付候、爲念此段申上置候例（天明四辰年六月廿九日）

一四〇 身持不宜者宿ニ而二人殺居候、定候住處無御座旨申聞無宿者ニ御座候、右之者如何可仕哉、此段奉伺候例（天明五〔巳〕年四月三日）

一四一 百姓妻儀、中追放并領分中御構之義申渡候者ニ而御座候、然處、領内之村江立戻候ニ付召捕入牢申付置候、如何可仕候哉、此段奉伺候例（天明五〔巳〕年正月）

一四二 無宿者旅人へ口論仕、旅人脇差を拔候處、奪取其脇差ニ而同人旅人江手を爲負、右疵ニ而旅人相果申候、死骸之義ハ桶江入番人付置候、右之旅人江戸町方人別者ニ候、依之、死骸并無宿義如何取計可申哉、此段奉伺候例（天明五〔巳〕年六月）

一四三 城下町南北ニ在之新町、古町と申候而、兩町共拾二三丁程宛在之候、右古町ハ城ニ付火災等之節之爲ニも不宜、是迄有來候町之場處と替候事ニ御座候間、不苦儀御座候哉奉伺候例（天明五〔巳〕年七月廿六日）

一三二 御書逆罪之者、火付等他處江障不申候ハ、自分仕置ニ可仕旨被 仰出候例（元祿十丑年七月）

一三三 松平内膳正樣在處豫州今治領分ニ而先頃火付仕候者在之詮儀之上相知申候、右之者於在所火罪可申付與奉存候例（明和三年十一月廿三日）

一三四 村方ニ而兩度附火之様子ニ付、同日村外ニ而怪敷無宿者ヲ在方見廻之者召捕相糺候處、出火共右之者仕業と相聞候旨訴出候例（天明四辰年二月廿六日）

一三五 村方帳外仕候百姓悴、惡事仕候沙汰相聞候間、召捕吟味仕候處、百姓之家へ火を付、其上衣類等盜取候旨及白狀候、此者定候宿處無御座候由申之無宿ニ御座候、右之者如何取計可申哉奉伺候例（天明四辰年三月十八日）

一三六 無宿者を在方見廻之者怪敷躰ニ而召捕相糺候處、名主宅裡口之戸ヲ明ケ這入米二俵盜取、不動堂寺小屋ニ而巡禮者壹人ヲ縊殺處、他所ニ引合在之難相糺御座候間、於奉行所吟味有之候樣仕度此段申上候例（天明四辰年）

一三七 氷雨夥敷、地上壹尺餘積吹込候場所二尺三尺積申候、乾風烈敷御座候間礫ヲ打散候樣隨候而畑方作物菜候分并麥作、大豆、綿等悉打折、皆無仕用方苗代不殘損申候、檢毛高之義ハ不相知候得共御届申上候、收納之上尙又御届可申上、先此段御届申上候例（天明四辰年五月廿三日）

掛御勘定奉行江御屆書被差出候例（宝曆七巳年十二月廿四日）

一二六 百姓九十人斗申合、庄屋ヲ漬可申積申合之處相頭、牢舎被 仰付候處、託言ニ而御兔、殘貳拾人斗も相成候内、御詮義之上御兔ニ而、三人田地取上追放被成其者江戸へ罷出、寺社御奉行江願出候間、御吟味之上、御在處江被遣牢舎被 仰付候例（年月日欠）

一二七 領分村方江御三家様方之同心罷越、百姓兩人召捕連歸候處、其後何ノ方々も一向案内も無之候、領分之百姓御他領江被召捕候義ニ而、御用番様江御届申上候御積ニ相成、御先方江被召捕候譯合、書中ニ而承合候例（年月日欠）

一二八 松平伊賀守様御在所ニ而、一二三丸之外ニ在之候御居處焼失ニ付、御建被成候ニ付、御届ニ及間敷哉、御内意御伺候例（享保頃）

一二九 肥前國嶋原城引渡定日御座候處、上使彼地江到着無之段、家來共ニ申越度、此段申上置候例（安永四未年）

一二〇 親之敵打留候者在之候段、村役人共訴出候ニ付、在處家來罷越相糺候例（安永五申年三十八日）

一二一 牧野遠江守様於御在處、重キ御仕置被 仰付、獄門ニ被行候而も御届不被成候例（年月日欠）

相交不揃ニ而御座候得共、例年差來候產物之義御座候間、負數ハ例年ノ相減差上候而苦々間敷哉奉伺候例（寛政十二申年）

一一〇 在處之栗前々此節 公方様、大納言様江獻上仕來候處、近年不熟ニ付跡目文言、當年ノ已後栗爲代小豆一箱宛毎年獻上仕度段御用番江相伺候處、伺之通獻上可仕旨御差圖相濟申候例（寛政十二申年九月五日）

一一一 參勤御禮相濟、文照院様御靈前江白銀一枚宛獻備仕候、度々類燒之節記錄消失仕候而相知不申候、當年ノ々々參勤之節、御香奠白銀一枚獻備仕度奉願候例（寛政十二申年）

一二二 在處之大和材、例年此節獻上仕候處、不熟ニ付獻上難仕、爲替在處之小豆獻上仕度奉伺候例（寛政十二申年）

一二三 在邑中斗十一月中隔年獻上物仕來候、追々御届申上候通持病ニ付、今以在邑罷在、最早十一月中參勤も難相成御座候、右獻上物如何可仕哉奉伺候例（寛政十二申年十一月廿五日）

一二四 例年在處之干鯛五月中獻上仕候處、當年ハ今以爲差登不申候、着次第獻上可仕候得共、及三ヶ月候ニ付、此段御届申上候例（寛政八辰年七月朔日）

一二五 長崎驛御止宿之處、主税様兼而御病氣之處、夜中ノ不被成御勝、廿六日晝御死去、依之、三月卅日道中

格狀并 大納言樣江之獻上伺小目錄差出候處、御本丸御同割被獻候樣御取次ヲ以被 仰出候例（寛政九巳年三月朔日）

一一四 大納言樣江御移徙爲御祝儀獻上可仕處、疱瘡相煩日數相立不申候ニ付差上不申候、其後日數相立候得共、忌中罷在不奉伺候、今日忌明申候ニ付獻上可仕哉奉伺候例（寛政九巳年五月三日）

一一五 痔疾今以相勝不申候ニ付、來元日登 城不仕候、依之、大納言樣江年頭御禮以使者御太刀目錄獻上可仕處、娘義疱瘡相煩候間獻上不仕候、三番湯相濟候ハ、可奉伺候例（寛政十一未年正月）

一一六 例年獻上仕候私在處之鱗剝小鯛獻上仕度、去ル三日奉伺候處、見合候樣御差圖御座候、然處、日間相立色合替獻上難仕御座候、依之、當年ハ在處之黒大豆引替獻上仕度奉存候例（寛政十二申年）

一一七 例年五月中兩御丸江在處之淋筵獻上仕候處、當年ハ閏月御座候間、此節在處方着仕候、五月迄差置候而ハ星入蟲喰等難斗御座候間、不苦候ハ、當月中獻上仕度奉存候、此段奉伺候例（寛政十二申年）

一一八 土方彦吉樣御家督御禮前三付、年頭御獻上物御伺被成候處、獻上ニ不及旨御差圖之例（天明六年十二月廿九日）

一一九 例年此節兩御丸江獻上仕候在處之鹽鮎、當年ハ出水故取兼拂底御座候由ニ而數少々差越申候、其上大小

一〇七 公方樣、若君樣江寒中爲伺御機嫌、例年知行處之柑子一籠、蜜柑一籠宛獻上仕來候處、當年柑子不熟ニ而一向無御座候ニ付、蜜柑一籠獻上仕度奉伺候例（寛政（八）辰年十二月）

一〇八 例年獻上仕候在處之蜜柑、年來不出來御座候處、廿ヶ年以前々度々引替銀杏獻上仕候ニ付、右銀杏永引替獻上仕度此段奉伺候例（寛政八辰年十月）

一〇九 若君樣江寒中ニ付挽拔蕎麥獻上可仕候處、四男庖瘡相煩候ニ付獻上差扣可申哉奉伺候例（寛政八辰年十二月）

一一〇 歲暮之御祝儀、公方樣、若君樣江御時服、御臺樣江白銀獻上之義、産穢罷在候ニ付、差扣候段先達御届申上候、今日産穢明候間、右獻上之義如何可仕哉奉伺候例（寛政八辰年十二月廿七日）

一一一 嫡子并二男儀、庖瘡仕候ニ付被 仰出候 御臺樣御紋位爲御祝儀、 大納言樣江獻上物如何可仕哉奉伺候例（寛政九巳年三月）

一二二 堀田鍋次郎樣初而 御目見相濟申候、未々五節旬月次出仕之義不奉願候、右ニ付今般 御臺樣御紋位之御祝儀獻上物如何可仕哉奉伺候例（寛政九巳年二月廿八日）

一二三 安部駿河守樣御到着ニ付、紅葉山 御成被 仰出殿中御清メニ付、還御後獻上候樣御差圖相濟申候、御

I、目 録 二

一〇一 在所之午房、例年此節獻上仕候、右獻上仕候程道中無滯着仕候得共、其餘差越候分於驛場夜中出火在之損候ニ付、御殘進上之義當年ハ無據御斷申上候例（寛政元酉年）

一〇二 暑中爲伺御機嫌、例年獻上仕候干鱈、當年ハ拂底ニ御座候間、漸獻上仕候程出來仕候ニ付、御殘進上難仕御座候例（寛政五丑年六月十八日）

一〇三 在所之鹽小鯛、今朝獻上可仕候處、箱濕出獻上難仕差扣申候、獻上之義追而可奉伺候例（寛政七卯年十二月廿三日）

一〇四 御臺樣御着帶御祝儀獻上物之義被 仰出候處、若狹守忌中罷在候、獻上之義如何可仕哉奉伺候例（寛政七卯年十二月十六日）

一〇五 腹痛水瀉仕候ニ付、明日參勤之御禮登 城不仕候、獻上物之義如何可仕哉奉伺候例（寛政八辰年六月十日）

一〇六 忌中罷在候ニ付、暑中伺御機嫌獻上物不仕候、忌明候而相伺候樣可仕候例（寛政八辰年六月十八日）

諸家例叢〔江幡五郎自筆 輯 共二卷〕（十）

小島 信 泰 編著

目次

序言
凡例
本文

諸家例叢 一（一号～四〇号まで第四六卷第二・三合併号、四一号～五五号まで第四七卷第一号、五六号～七七号まで第四七卷第二号）
諸家例叢 二（七八号～一〇八号まで第四七卷第三号、一〇九号～一三三号まで第四八卷第一号、一三四号～一四八号まで第四八卷第二号、一四九号～一七三号まで第五〇卷第一号、一七四号～一九九号まで本号）

解題

はじめに

I、目録 一（二号～一〇〇号まで第五〇卷第二号）
目録 二（一〇一号～一九九号まで本号）
以下略

創価大学法学会教員名簿 (50音順)

[名誉会員]

板橋 郁夫 (創価大学名誉教授)
川崎 一夫 (創価大学名誉教授)
塩津 徹 (創価大学名誉教授)
白石 正樹 (創価大学名誉教授)
高橋 保 (創価大学名誉教授)
千野 直邦 (創価大学名誉教授)
松岡 誠 (創価大学名誉教授)

鈴木 美華 (法学部教授、
副法学部長)
◎須藤 悦安 (法学部教授、
法学部長)
土井 美徳 (法学部教授)
中山 賢司 (法学部准教授)
中山 雅司 (法学部教授)
西山 恭博 (法学研究科教授)
花見 常幸 (法学部教授)
ウルヴ・ハンセン (法学部准教授)

[教員会員]

朝賀 広伸 (法学部教授)
○飯田 順三 (法学部教授)
池田 秀彦 (法学部教授)
岡部 史信 (法学部教授)
○加賀 譲治 (法学部教授)
小島 信泰 (法学部教授)

前田 幸男 (法学部教授)
松田 健児 (法学部教授)
松田 佳久 (法学部教授)
三宅 利昌 (法学部准教授)
宮崎 淳 (法学部教授)
○山田 隆司 (法学部教授)
和足 憲明 (法学部准教授)

◎法学会会長 ○編集委員

創 価 法 学 第51巻 第1号

令和3年7月15日発行

東京都八王子市丹木町1-236
創価大学法学部研究室

編集代表 飯 田 順 三

東京都八王子市丹木町1-236

発 行 所 創 価 大 学 法 学 会
代 表 須 藤 悦 安

電話 042-691-8915 (代表)

東京都八王子市追分町10-4-101

印 刷 所 株 式 会 社 清 水 工 房

電話 042-620-2626 (代表)

頒価 2,200円

SOKA HOGAKU

The SOKA Law Review

Vol. 51 No.1

July 2021

Articles

A Study of the Indian Gaming Regulatory Act (7) Hisanori Fujita (1)

Consider the Legal Ground Rights System — with a view to
the Self-Lease Rights Syetem (1) Yoshihisa Matsuda (23)

Basic Theory for Executive Compensation (1)
— Legislative Intent behind Art. 361 of Japanese Companies Act
and Development of Judicial Doctrines — Reiko Yabuta (49)

Notes

A Sketch of Inquiries and Responses between Local Governments and
the Central Government relating to Prohibited Degree of Kinship in
Early Meiji Period (5) Satoshi Minamikata (73)

Reprinting

Reprint of Precedents of Various Feudal Lords (Daimyo 大名)
〔Shokereiso 諸家例叢〕 Transcribed by Goro Ebata (江幡五郎):
Two-Volume Books (10) Nobuyasu Kojima (104)

Published by
The Soka University Law Association
Tokyo, Japan